Die Alternativität im Strafurteil.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Ludwigs-Universität zu Giessen

vorgelegt von

Adolf Heinrich Ostern,
Gerichtsaccessist in Mainz.

BRESLAU 1902.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

SCHOTEL Gzn.,

DORDRECHT.

rmerzagerij, Steenhouwerij.

- en Marmerhandel.

gazijn van **Marmeren Schoor-**
tels in alle prijzen, modellen en
445 10

Die iets te **vorderen** hebben van of **verschuldigd** zijn aan de nalaten-
Mejuffrouw **A. HOUTZAAGER,**
Heer **G. A. J. TETHOFF Sr.,**
te Leiden en aldaar op

Die Alternativität im Strafurteil.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Ludwigs-Universität zu Giessen

vorgelegt von

Adolf Heinrich Ostern,
Gerichtsaccessist in Mainz.

BRESLAU 1902.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Vorliegende Dissertation bildet einen Teil der in den „Strafrechtlichen Abhandlungen“ erschienenen Abhandlung des Verfassers über

„Die Alternativität bei strafprocessualen Willenserklärungen.“

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

Kapitel I.

Einleitung.

§ 1. Principielle Zulässigkeit der alternativen Willenserklärung 1
§ 2. Konstruktion der alternativen Willenserklärung . . . 3
§ 3. Alternativität der Entscheidung und der Begründung . . 6

Kapitel II.

Alternativität im Urteil.

§ 4. Dogmengeschichtliches 16
§ 5. Fremdes Recht 29
§ 6. Unzulässigkeit alternativer Feststellungen, die verschiedene Entscheidungen zur Folge hätten 34
§ 7. Alternativität der tatsächlichen Feststellung 43
§ 8. Reine Alternativität der Subsumtion 64
§ 9. Scheinbare Alternativität und Ausscheiden nicht feststellungsbedürftiger Momente des Tatbestandes 72
§ 10. Alternativität mehrerer Tatbestände 78
§ 11. Kollectivbegriff 85
§ 12. Generalklausel 89
§ 13. Gleichwertige und ungleichwertige Modalitäten eines Tatbestands 93
§ 14. Alternativität von Qualificationsgründen 100
§ 15. Alternativität von objectiven Bedingungen 104
§ 16. Alternativität von Gründen, welche die Strafe ausschliessen 107

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538118_0052

Kapitel I.

Einleitung.

§ 1.

Prinzipielle Zulässigkeit der alternativen Willenserklärung.

Die Strafprocessordnung enthält über unser Thema so wenig, wie überhaupt über die ganze Lehre von der Willenserklärung. Das Thema der Alternativität ganz allgemein für jede processuale Willenserklärung zu erörtern, daran dachte man zur Zeit ihrer Abfassung noch nicht; für einen, den wichtigsten, Ausschnitt aus dem Thema, die Alternativität in Geschworenenfrage und Urteil, enthält sich die Processordnung nach den Motiven absichtlich jeder Regelung und überlässt die Frage der Wissenschaft.

Es wird daher das Princip zur Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit alternativer Willenserklärungen im Strafprocess, wenn wir überhaupt ein solches finden wollen, zu entnehmen sein aus einer Combination der allgemeinen juristischen Lehren über Willenserklärungen und deren Alternativität mit den Grundgedanken, die unserer heutigen positiven Regelung des Strafprocesses zu Grunde liegen, und den Erwägungen, die sich aus dem Zweckbegriff des Strafprocesses überhaupt ableiten lassen.

Wille und Willenserklärung sind Begriffe, die nicht allein dem Rechtsgebiete angehören. Dass die Willenserklärung in diesem allgemeinen, nicht specifisch juristischen, Sinn alternativ sein kann, dass sie lauten kann; „Ich will dies oder jenes!" bedarf keines Erweises, kaum der Erwähnung.

Kann aber die Willenserklärung in diesem allgemeinen Sinn alternativ sein, so kann es auch die juristische; denn sie ist ihrem Wesen nach eine Willenserklärung wie diese, nur auf juristischem Gebiete angewandt; auch sie ist also principiell alternativ möglich — d. h. die Willenserklärung an sich kann alternativ sein, soweit nicht die Natur und Bedeutung der einzelnen konkreten Willenserklärung dies aus besonderen Gründen verbietet.

Dass auch die Willenserklärung in juristischem Verstande der Alternativität fähig ist, ergibt sich übrigens auch aus dem einfachen Hinweis darauf, dass es beispielsweise ein alternatives Schuldverhältnis gibt; ein solches kann doch nur entstehen durch darauf gerichtete, also durch alternative Willenserklärungen, durch eine alternative Offerte, alternative Annahme etc. Andere Beispiele der Alternativität im Civilrecht lassen sich leicht häufen, ich verweise nur noch auf das alternative Vermächtnis.

Dass auch die processuale Willenserklärung[1]) nicht grundsätzlich der Alternativität unzugänglich ist, zeigt schon — für den Civilprocess — die Notwendigkeit, ein alternatives Civilrechtsverhältnis processual zu realisieren; es gibt also eine Klage, ein Urteil auf alternative Leistung; von alternativer Begründung — auch die Begründung ist hier Willenserklärung — machen unsere Civilurteile häufig Gebrauch, beispielsweise beruht darauf die ganze *Stölzel*'sche Lehre von der Eventualaufrechnung.

Es ist kein Grund zu sehen, warum es im Strafprocess principiell anders sein sollte! Es ist also auch hier, unbeschadet der Besonderheit einzelner Arten von Willenserklärungen, Alternativität möglich. So sagt auch *Beling*[2]): „Alternative Willenserklärungen werden principiell nicht minder wie bedingte Willenserklärungen auch im Process zuzulassen sein."

Zulässig sind also zum Beispiel alternative Anträge,[3]) insbesondere, was nicht unpraktisch, Beweisanträge.

---

[1]) Ueber den Charakter der Processhandlungen als rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, s. Beling § 75.

[2]) S. 290 II.

[3]) So Beling 290, Rosenfeld 230.

§ 2.

Konstruktion der alternativen Willenserklärung.

Nach dieser principiellen Festlegung fragt es sich, was ist das Wesen der Alternativität, wie soll man eine alternative Willenserklärung konstruieren?[1])

Es wäre denkbar, dass man die alternative Willenserklärung auffasste als eine Verbindung zweier wechselseitig bedingter Willenserklärungen, also die Erklärung „ich will a oder b“ zerlegte in die Erklärungen: 1) „Ich will a, für den Fall, dass nicht b ist“ und 2) „Ich will b für den Fall, dass nicht a ist.“ Allein, wie *Windscheid-Kipp*[2]) von der bedingten Willenserklärung sagen: „Die bedingte Willenserklärung ist eine einige; sie ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines, so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens,“ so muss man m. E. — und ich gehe hier mit der herrschenden Meinung unter den Civilisten, welche allein die Frage nach der Konstruktion alternativer Willenserklärungen überhaupt gelegentlich der Alternativobligation[3]) erörtert haben — mutatis mutandis auch von der alternativen Willenserklärung sagen: Die alternative Willenserklärung ist eine einige; d. h. sie ist nicht die Verbindung zweier wechselseitig bedingten Willenserklärungen, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eben eines alternativen Willens.

---

[1]) An Litteratur für diese Frage der Konstruktion einer alternativen Willenserklärung sind nur die civilistischen Schriftsteller über die Alternativobligation zu citieren: Windscheid-Kipp (8. Aufl.) II 22/23; Pescatore, „Die sogenannte Alternativobligation“; Zitelmann, „Irrtum etc“ 500 f.; Bernstein; Ryk, „Lehre von den Schuldverhältnissen“, ferner mehrere andere bei Windscheid-Kipp l. c. angegebene Litteraturstellen.

[2]) I 385.

[3]) Ueber die Frage, ob man nicht den Ausdruck „alternative“ durch „disjunctive“ Obligation ersetzen solle, s. Pescatore p. 1. — Auch Kries 589—90 verwirft den Ausdruck „alternative“ Feststellung unter an sich richtigem Hinweise darauf, dass die Alternativität nur eine Unterart der Unbestimmtheit sei (s. weiter unten); falsch ist es aber, wenn er die Verwerfung des Ausdruckes „alternativ“ damit begründet, es lägen „keineswegs immer blos zwei Möglichkeiten vor, sondern öfter eine grössere, nicht genau bestimmte Anzahl von solchen.“ Das Wort Alternativität bezeichnet, seinen sprachlichen Ursprung, der Zahlbedeutung, entfremdet, jetzt ganz allgemein das Verhältnis, dass von mehreren, nicht notwendig zwei, Momenten eines sei.

Dass die römischen Juristen sich über die Construktion der Alternativobligation und der sie begründenden alternativen Willenserklärungen den Kopf zerbrochen hätten, ist an sich schon unwahrscheinlich; es lässt sich aber auch ausserdem in den Digesten keine einzige dahingehende Stelle auftreiben, wenn man, wie *Bernstein*[1]) tut, die einzige etwa in Betracht kommende Stelle des *Gaius* über die optio legata (l. 3 D 40, 9): „quodammodo singuli sub conditione legati videntur", nicht auf das legatum alternativum, sondern auf das legatum optionis bezieht. Dass sie die Alternativität aber nicht als eine Art der Bedingtheit ansahen, ist indirekt daraus zu schliessen, dass das römische Recht alternative Vermächtnisse, anders als bedingte, auf die Erben übergehen lässt.[2])

Unter den Juristen des gemeinen Rechts war die Konstruktion der alternativen Willenserklärung streitig. Der oben verworfenen Bedingungstheorie hängt zum Beispiel *Gothofredus*[3]) an.

Für die Alternativobligation des heutigen Pandektenrechts ist jedoch die Konstruktion mit Hilfe der Bedingtheit[4]) in neuerer Zeit von der Mehrzahl der Schriftsteller verworfen; z. B. in dem Lehrbuch von *Windscheid-Kipp*[5]), nach welchem bei der Alternativobligation das „dass" der Verpflichtung sicher, das „was" in gewissem Grade unbestimmt: „Deswegen darf die alternative Obligation nicht als bedingte gedacht werden"; ebenso in der Monographie über die Alternativobligation von *Bernstein*.[6])

Ryk's Konstruktion der Alternativobligation ist zur Uebertragung auf die alternative Willenserklärung im Allgemeinen, von vornherein nicht brauchbar; denn er erklärt die Alternativobligation als eine Mehrheit von Obligationen mit gegenseitigem Consumtionsverhältnis; es ist sofort ersichtlich, dass sich dies für die Konstruktion der alternativen Willenserklärung im Allgemeinen gar nicht verwerten lässt.

---

[1]) P. 104 Note *.

[2]) S. Windscheid-Kipp II 23 n. 3; Bernstein 106; l. 19 D. de optione vel electione leg. 33, 5.

[3]) S. Bernstein 104.

[4]) Vertreten nur von Adickes „Zur Lehre von den Bedingungen" (1876) p. 27 f.

[5]) II 23.

[6]) P. 105 f.

Bernstein l. c. betont besonders nachdrücklich, dass die Alternativität eine eigene, besonders geartete Qualifikation des Willens sei: „Der Wille . . . ., welcher der Obligation ihren alternativen Inhalt gegeben hat, ist ein alternativer Wille: ein Wille, weniger bestimmt, doch nicht weniger entschieden, als ein einfacher Wille[1];“ er spricht aus, dieser alternative Wille sei, wie ein ihm verwandter genereller, eine Art des unbestimmten Willens[2]), eine Ausführung, der *Windscheid-Kipp*[3]) sich anschliessen.

Auch *Beling*[4]) hält wohl die Alternativität für eine besondere Modifikation des Willens, analog der Bedingtheit, aber nicht als eine Art der Bedingtheit anzusehen, wie aus der Disposition des Abschnittes geschlossen werden darf, welcher von der Willenserklärung im Allgemeinen spricht; er behandelt in § 77 „Die Wirksamkeit der Processhandlungen“ unter I die bedingte Willenserklärung, unter II die alternative. *Kries*[5]) sieht in der alternativen Feststellung (die Willenserklärung ganz generell behandelt er nicht) nur eine Unterart der Unbestimmtheit der Feststellung überhaupt.[6]) Bemerkenswert ist, dass dieser Auffassung der Alternativität entsprechend schon *Paulus* (l. 44, pr. et § 3 D. 44, 7)[7]) die Alternativität als eine innere Schranke des Willens in Parallelle stellt zu dies, Betagung, und conditio, Bedingung: „obligationum . . . quattuor causae sunt: aut enim dies in his est aut conditio aut modus . . . § 3. modus . . . est, quum stipulamur decem aut horminem.“

Die Konstruktion der Alternativität als einer Verbindung zweier wechselseitig bedingter Willenserklärungen wird übrigens auch noch dadurch als unmöglich erwiesen, dass sie die Anwendung der Alternativität in einer strafprocessualen Urteilsfeststellung, wobei sie — wie unten zu zeigen — in gewissem Masse zulässig ist und sein muss, von vornherein auch in den unbedeutendsten Punkten unmöglich machen würde. Denn wenn die

---

[1]) p. 93.
[2]) p. 113.
[3]) II 22/23.
[4]) In dem Lehrbuch des Strafprocesses von Bennecke-Beling p. 290 f.
[5]) p. 589 f.
[6]) So bezüglich der Feststellung noch mehrere Neüere.
[7]) Worauf Bernstein 94—95 aufmerksam macht.

alternative Feststellung bedeutete, es liegen zwei selbstständige Feststellungen vor, und zwar bedingte Feststellungen, so ist sofort ersichtlich, dass Ersteres dem Erfordernis der Einheit der Willenserklärung, Letzteres dem Begriffe der Feststellung widerspräche, ein solches Vorgehen daher unzulässig wäre. Die Konstruktion der alternativen Willenserklärung dagegen als einer einheitlichen, eigentümlich modificierten, in gewissem Masse unbestimmten Willenserklärung verträgt sich mit der Urteilsfeststellung, denn diese ist, wie jede sprachlich ausgedrückte Feststellung, stets und notwendig in gewissem Masse unbestimmt, so dass sich eine alternative Feststellung von einer einfachen einheitlichen nur im quantum, nicht im quale der Unbestimmtheit unterscheidet. Die alternative Willenserklärung ist also eine einheitliche, keine zusammengesetzte Willenserklärung, und zwar eine Art der unbestimmten Willenserklärung.

§ 3.

Alternativität der Entscheidung und der Begründung.

Ich wende mich zu einer Einteilung der verschiedenen Arten alternativer Willenserklärungen, wie sie speziell für den Strafprocess von Wichtigkeit sind. Ich unterscheide eine Alternativität der Entscheidung und eine Alternativität der Begründung[1]).

I. Die Alternativität der Decisive kann, da die Entscheidung ihrem Wesen nach bestimmt ist, in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden, und da eine reale Alternativität der Tatsachen natürlich unmöglich ist, stets — wenn sie überhaupt möglich — nur eine vorläufige sein; sie muss durch eine zusätzliche Willenserklärung, spätestens im Augenblicke der Ausführung, durch diese selbst, in eine einfache Entscheidung umgewandelt werden, sei es durch das Organ, von dem die erste Willenserklärung ausging, sei es durch ein anderes, sei es endlich erst durch das Vollzugsorgan. Schon hieraus folgt, dass z. B. eine Verurteilung des X oder des Y, oder eine Verurteilung des X zu Tod oder Zuchthaus, zu einem oder zwei Jahren Gefängnis unzulässig wäre, denn nach Erlass des Urteils gibt es kein Willensorgan mehr,

[1]) So Beling 291.

das diese Alternativität der Decisive auf die zur Exekution nötige Bestimmtheit zurückführen könnte. Eine gewisse Aehnlichkeit mit der letztern Alternative, der Verurteilung zu einem oder zwei Jahren Gefängnis, hat die von manchen Neueren, z. B. von *Kraepelin*[1]), vorgeschlagene Verurteilung zu einer unbestimmt langen Freiheitsstrafe. Allein sie bestätigt gerade die Richtigkeit der obigen Bemerkung: zur Durchführung dieser unbestimmten Strafe, zur Reduktion der unbestimmten Entscheidung auf die zur Vollstreckung notwendige Bestimmtheit, wird eben auch von jenen Autoren ein besonderes Organ, sei es das verurteilende Gericht in einer nachträglichen Entscheidung, sei es die Strafvollstreckungsbehörde oder irgend wer sonst, vorgeschlagen. — Eine alternative Entscheidung, ein Erkenntnis auf alternativ die eine oder die andere Strafe, kannte auch der frühere gemeine Process.[2]) Allein auch hier zeigt sich die selbstverständliche Wahrheit jener These; das Recht, die alternative Strafe in eine zur Vollstreckung geeignete, bestimmte zu verwandeln, hat nach *Kleinschrod*, falls der erkennende Richter zugleich auch Strafvollstreckungsrichter ist, der Verurteilte, sonst, wenn das Urteil von einem oberen Gericht etc. ausgeht, der untere Richter, es ist also stets ein bestimmtes Organ für die notwendige Reducierung vorhanden. Da unser heutiges Recht aber keine Instanz kennt, die berechtigt wäre, derart nach Erlass des Urteils auf dessen Inhalt einzuwirken,[3]) so ist solches Vorgehen, und zwar von Jedermann mit solcher Selbstverständlichkeit, unmöglich erachtet worden, dass Niemand auch nur dieses Gedankens erwähnt.

Ebensowenig wie eine Verurteilung zu alternativen Strafen, ist möglich ein Haftbefehl gegen den X oder den Y, weil es nicht den Vollzugsbeamten überlassen werden darf, wen sie verhaften wollen. Das gewünschte Resultat lässt sich nur erreichen etwa durch Ausfertigung eines doppelten Haftbefehls gegen X und Y mit der disciplinären Weisung an den Vollzugsbeamten,

---

[1]) In seiner Schrift „Die Abschaffung des Strafmasses“ (1880).

[2]) S. Kleinschrod „Systematische Entwickelung der Grundbegriffe etc.“ II § 137 und Beispiel in Hommel's „Teutschen Flavius“ I unter „Alternative zu erkennen“ III (4. Ausg. 1800 p. 29).

[3]) Etwas entfernt Verwandtes ist nur die nachträgliche Umwandlung der primären Geldstrafe in Freiheitsstrafe nach Str.-P.-O. § 491.

nur von einem Gebrauch zu machen. Ebenso liegt ein Fall der Alternativität der Decisive vor in einen Beweisbeschluss auf Vernehmung von — alternativ — zwei Zeugen, oder in der alternativen Ladung zweier Zeugen. Ob die alternative Ladung zweier Zeugen als Ladung im technischen Sinn — auf welche hin Vorführung befohlen werden kann — gültig wäre, möchte ich bezweifeln.[1]) *Beling*, der eine bedingte Ladung zulässt,[2]) müsste consequent wohl auch eine alternative erlauben. Aber alternative Beweisbeschlüsse derart, es sollte X oder Y als Zeuge vernommen werden, wobei es dem ersuchten auswärtigen Gericht überlassen bleibt, wen es laden will, sind in praxi gar nicht so selten und auch ganz empfehlenswert. Wenn z. B. Auskunft erteilt werden soll über vorgelegte kaufmännische Bücher oder Correspondenzen, die der eine wie der andere Inhaber einer Firma gleich gut erteilen kann, oder der Prokurist gerade so gut wie der Principal, warum sollte man dem ersuchten Richter die Möglichkeit nehmen, den zu laden, der ihm am dienlichsten scheint, oder der Firma (falls auch eine alternative Ladung seitens des ersuchten Gerichts auf das alternative Ersuchen hin ergeht), denjenigen als Zeugen zu schicken, der am leichtesten abkömmlich ist, oder am besten Auskunft geben kann, weil er selbst die betreffende Correspondenz geführt hat?

Wir sahen also, eine Alternativität der in körperliche Wirklichkeit umzusetzenden Decisive ist nur als eine vorläufige denkbar, die später in eine einfache Decisive umgewandelt wird. Sie ist als solche aber auch im Strafprozess in nicht wenigen Fällen möglich, allerdings nicht bei den meisten und wichtigsten Decisiven des Strafprocesses, bei allen Erklärungen, die unmittelbar zu wirken bestimmt sind, die principiell sogleich in Realität umgesetzt werden sollen, und bei solchen, bei denen es gesetzlich keine spätere Willensquelle mehr gibt, die jene nachträgliche notwendige Umwandlung herbeiführen könnte.

II. Der Alternativität der Entscheidung steht gegenüber die Alternativität der Begründung der Entscheidung.

Der Grund, das Motiv der Willenserklärung ist, allgemein betrachtet, weder Bestandteil der decisiven, noch eine zweite

[1]) p. 289.

[2]) Dagegen Rosenfeld 230 n. 3.

selbständige Willenserklärung. Dass aber ein zureichender Grund zum Handeln, also auch zu einer Willenserklärung, in einer alternativen Annahme gefunden werden könne, dass mehrere alternative Momente als Motiv wirken können, leuchtet als selbstverständlich sofort ein. Wenn ich mir sage: „entweder gibts, während ich auf dem Berge bin, gutes Wetter, dann freut mich die schöne Aussicht; oder es gibt ein Gewitter, das höre und sehe ich vom Berg herab auch sehr gern", so ist diese alternative Begründung hinreichend zu meinem Entschlusse „ich steige auf den Berg." Gerade so, wie, wenn Zwei nur zusammen auf den Berg steigen wollen und für den einen der erste, für den andern der zweite Grund massgebend ist, sie doch zu dem gemeinsamen gleichen Entschlusse kommen „wir steigen auf den Berg."

Ebenso muss principiell ein solch alternativer Grund genügen, wenn der zu begründende Entschluss eine juristische Willenserklärung ist. Dass das Motiv alternativ, tritt in solchen Fällen aber gar nicht zu Tage, da nur der Entschluss selbst erklärt wird, seine Begründung nicht. Und falls nun auf Verlangen des Gesetzes einer Entscheidung ihre Gründe beigefügt werden[1]) — wodurch diese zu einem Teile der Willenserklärung werden — so kann diese vom Gesetze verlangte Begründung principiell auch alternativ sein. Z. B. sagen zwei Zeugen A und B so aus, dass aus der Aussage eines jeden Einzelnen sicher zu schliessen ist, der Angeklagte habe das und das getan; die Aussagen widersprechen sich aber doch derart, dass nur der eine von beiden Zeugen richtig gesehen und erzählt haben kann. In der Begründung kann der Richter ausführen, entweder hat A oder B richtig ausgesagt, in beiden Fällen aber, einerlei, ob A oder B die objektive Wahrheit gesagt, jedenfalls hat der Angeklagte das und das getan[2]).

Die Anordnung irgend einer Massregel, die Decisive, ist aber in manchen Fällen an das Vorliegen bestimmter, im Gesetz an-

---

[1]) Z. B. § 34 Str.-Pr.-O.

[2]) Möglich ist natürlich auch, dass durch den Widerspruch der Zeugen Beider Glaubwürdigkeit und somit die Gewissheit der Tat des Angeklagten erschüttert wird; allein auch der geschilderte Fall ist denkbar.

gegebener Voraussetzungen geknüpft; nur sie dürfen dem Richter als Grund dienen, und demnach besteht die Begründung in diesen, d. h. gerade in den wichtigsten Fällen entscheidender Willenserklärungen im Strafprocess, in der Angabe, dass jene gesetzlichen Voraussetzungen für die Verhängung der Massregel gegeben sind und wodurch sie gegeben sind: in der Anwendung eines Gesetzes auf einen vorliegenden konkreten Fall. Die Begründung ist hier ein Akt logischer Subsumtion von Tatsachen oder Zwecken als Untersatz unter Gesetzesformeln als Obersatz, woraus die Entscheidung als Conclusio folgt. Oft bezeichnet nun das Gesetz als Voraussetzung für eine Massregel nicht A allein, auch nicht A und B cumulativ, sondern alternativ A oder B oder C (z. B. §§ 399, 402 Str.-Pr.-O. die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens), oder cumulativ und alternativ zugleich, A und (B oder C oder D) (so beim Haftbefehl). Daraus ergibt sich, rein dialektisch, sogleich, dass eine dreifache Alternativität der Begründung in diesen Fällen denkbar ist; sie kann liegen:

1) Im Untersatz; die Begriffe des Obersatzes werden durch alternative Tatsachen ausgefüllt. Wir haben also die Alternativität faktischer Angaben.

2) Im Obersatz; auf das gleich bleibende Faktum wird ein alternativer Obersatz angewandt, wodurch allerdings nach dem oben über die Alternativität der Entscheidung Gesagten die aus der Subsumtion gezogene schliessliche Folgerung, die Decisive, in ihrer Bestimmtheit nicht, oder wenigstens nicht mehr als oben gestattet ist, leiden darf.

3) Es kann endlich die Alternativität den Untersatz und parallell den Obersatz treffen; wobei das Gleiche wie zu 2) zu bemerken ist.

Ich habe oben gezeigt, dass zur Begründung eines Willensentschlusses allgemein ein alternativer Grund genügt, und dass dies auch für die Fälle gilt, in welchen das Gesetz verlangt, dass der Entscheidung ihre Gründe beigegeben werden. Dadurch nun, dass das Gesetz gewisse Gründe als allein genügend zur Verhängung der Massregel, zur Motivierung des Entschlusses bezeichnet, wird an der Natur dieser Voraussetzungen als blosser Gründe nichts geändert. Die prinzipielle Zulässigkeit alternativer Begründung greift also auch hier Platz.

So ist es beispielsweise zulässig:

1) Den Haftbefehl zu verhängen, wenn ich annehme, der X habe entweder durch diesen oder durch jenen Eid einen Meineid geleistet, er habe entweder einen Raub- oder einen Notzuchtsversuch begangen[1]); er wolle fliehen oder es lägen Tatsachen vor, die Kollusionsverdacht erwecken[2]); er wolle kolludieren, sei es durch Vernichtung von Spuren der Tat, sei es durch Verleiten der Zeugen zu falscher Aussage; er sei ein Heimatloser oder Landstreicher (§ 112 II 2 Str.-Pr.-O.) oder Ausländer (§ 112 II 3); die begangene Uebertretung sei als Haftvoraussetzung genügend, da der eine oder der andere Grund des § 113 Str.-Pr..O. vorliege. — Gerade bezüglich des Haftbefehls ist jedoch anzumerken — und ich führe dies schon hier aus, da es auch noch für manche ähnliche Fälle angewendet werden kann — dass man, um zum obigen Resultat zu gelangen, namentlich für alternative Verbrechen als Haftvoraussetzung, den Gesichtspunkt der Alternativität der Begründung gar nicht notwendig hat. Wo es sich nur um Verdacht handelt, dass dies oder jenes begangen, dass dies oder jenes vorliege, wo ein solcher Verdacht als Grund dem Gesetze genügt, da wandelt sich überall die alternative Begründung in eine cumulative. Besteht der Verdacht, dass a oder b vorliege, so besteht eben für a wie für b Verdacht, nur zugleich mit der einschränkenden Gewissheit, dass nur Eines wirklich sein könne. Dies hindert jedoch nicht, dass für jedes Glied der Alternative einzeln Verdacht besteht. Wirkung eines derart alternativ begründeten Haftbefehls ist darum, dass er nicht schon dann aufzuheben ist, wenn die Alternative sich durch Wegfallen eines ihrer Glieder consolidiert, sondern erst dann, wenn beide Alternativen weggefallen sind.

2) So ist es zulässig, die Zuständigkeit des Gerichts damit zu begründen, dass entweder der eine oder der andere unter den Gerichtständen der Strafprocessordnung vorliege; dass die Tat entweder in A oder in B begangen sei, beide Orte aber im Gerichtssprengel liegen, also § 7 Str.-Pr.-O. Anwendung finde —

---

[1]) S. Frank „Fälle" Nr. 136, p. 22.

[2]) So Beling 292.

mag diese Ungewissheit, ob A oder B Tatort sei, auf tatsächlichen Gründen beruhen oder auf rechtlichen Zweifeln, z. B. über die verschiedenen Theorien des Ortes der Begangenschaft.

3) So ist es zulässig, wenn das Gericht, bei den vielfachen juristischen Fragen über die Person des Antragsberechtigten, darüber im Zweifel ist, falls von den beiden, nach den verschiedenen Ansichten berechtigten Personen Strafanträge vorliegen, zu erklären, das gesetzliche Erfordernis des Strafantrags sei erfüllt durch den Antrag des X oder des Y.

4) Es ist zulässig, in den Gründen des Wiederaufnahmebeschlusses nach § 399 p. 1 oder 402 p. 1 Str.-Pr.-O. zu erklären, die im früheren Verfahren vorgebrachte Urkunde sei entweder „fälschlich angefertigt oder verfälscht“ gewesen[1]).

5) Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist zulässig, mag man das Hindernis, welches den Antragsteller betroffen, alternativ subsumieren als „Naturereignis“ oder als „andern unabwendbaren Zufall“ (§ 44 Str.-Pr.-O.).

6) Eine Beschlagnahme ist in concreto zulässig, mag auch der Richter nicht sicher darüber sein, ob der Brief von dem Beschuldigten herrührt, oder für ihn bestimmt ist (§ 99 Str.-Pr.-O.).

7) Eine Durchsuchung ist zulässig, wenn die Ueberzeugung von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Str.-Pr.-O. auch nur eine alternative ist, z. B. mag derjenige, bei welchem die Durchsuchung geschehen soll, als „Täter oder Teilnehmer“ verdächtig sein (vergl. die Ausführung oben unter 1) beim Haftbefehl); ebenso kann der Zweck in § 103 I alternativ Ergreifung des Beschuldigten oder Verfolgung von Spuren der strafbaren Handlung oder Beschlagnahme eines Gegenstandes sein. Ebenso können alternativ sein die Voraussetzungen von § 103 II; die unter Polizeiaufsicht stehende Person mag z. B. in dem betreffenden Raum „wohnen“ oder „sich aufhalten“; ebenso die verschiedenen Alternativen des § 104 I und II.

8) Die Vereidigung eines Zeugen kann unterbleiben, mit alternativer Begründung nach § 56 Str.-Pr.-O. p. 1—3; z. B. weil

---

[1]) Was sich übrigens auch daraus ergibt, dass eine derartige Urteilsfeststellung möglich ist; s. § 404 Halbs. 1 Str.-Pr.-O. und unten § 13.

er wegen „mangelnder Verstandesreife oder Verstandesschwäche“ von dem Wesen des Eides keine genügende Vorstellung nach Ansicht des Gerichtes hat, weil er als Teilnehmer oder Begünstiger der Tat verdächtig ist (vergl. oben unter 1) a. E.).

Und so weiter.

Vollends ist eine Begründung nicht von richterlichen Entscheidungen, sondern von Anträgen der Parteien alternativ möglich, z. B. alternative Begründung eines, einheitlichen oder alternativen, Beweisantrags. Auch die Rechtfertigung eines Rechtsmittels kann, wenn die Umstände des Falles so geartet sind, angeben, entweder liege in dem Umstande X oder aber in dem Umstand Y eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren, entweder enthalte dieser oder jener Ausspruch des Urteils eine Beschwerung der Rechte der Partei. Und wenn das Revisionsurteil selbst die Aufhebung des unterinstanzlichen Urteils damit begründen kann, es liege entweder die eine oder die andere Position des § 377 Str.-Pr.-O. vor, so kann der Revisionsantrag umsomehr sich mit dieser alternativen Begründung begnügen. Dass eine alternative Bezeichnung des Rechtsmittels als „Berufung oder Revision,“ „Berufung oder Beschwerde“ zulässig ist, ergibt sich daraus, dass nach § 324 Str.-P.-O. auch eine fälschliche Bezeichnung der Berufung als Revision oder der Revision als Beschwerde, überhaupt ein Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels, unschädlich ist.

III. Aber diese Betrachtung, die überall dazu führen würde, sich mit alternativer Begründung zu begnügen, durchkreuzt, und zwar bei den verschiedenen Willenserklärungen des Strafprocesses in verschieden starkem Masse, die Erwägung, dass die Begründung manchmal nicht nur Motiv für die Decisive, sondern eventuell auch eine für sich allein bestehende und erhebliche Feststellung ist, somit zu einem Teile der Entscheidung wird. Je mehr dieser Gesichtspunkt der Feststellung sich geltend macht, und je mehr die Decisive, ihrer Wichtigkeit und ihrer schweren Folgen wegen, von der Feststellung und dem Grade ihrer Bestimmtheit abhängig gemacht wird, destoweniger genügt eine alternative Begründung und Feststellung, um daraufhin die Folgen auszusprechen, welche das Gesetz an jede einzelne der alternativ festgestellten Tatsachen knüpfen würde, falls sie allein festgestellt wäre; eine alterna-

tive Feststellung, die ja eben gerade eine Feststellung in diesem Sinne — eine ganz bestimmte, gewisse Feststellung — nicht ist.

Die Verselbständigung dessen, was, rein logisch betrachtet, Begründung wäre, zu einer für sich bedeutungsvollen Feststellung ist am deutlichsten beim Urteile, bei dem Feststellung des begangenen Verbrechens und Strafverhängung sich nicht mehr wie Motiv und Entschluss zu einander verhalten, sondern völlig ebenbürtig nebeneinander stehen — wie denn auch der Tenor in praxi gewöhnlich lautet: „Der Angeklagte ist schuldig des . . ., und wird zu . . . verurteilt.“ Das verurteilende Strafurteil ist also — wenn man einmal den hinkenden Vergleich mit dem Civilprozess gestattet — stets zugleich Leistungs- und Feststellungsurteil[1]). Der so verselbständigten Feststellung gegenüber kann natürlich nicht mehr von der allgemeinen Zulässigkeit alternativer Begründung, die ich oben erörtert habe, die Rede sein, denn die Feststellung ist eben positiv keine Begründung mehr; sondern in wie weit die feststellende Willenserklärung alternativ sein kann, ist aus dem Wesen der betreffenden Feststellung zu entnehmen. Mit dem Urteil sind — auch in dieser Richtung — auf gleiche Stufe zu stellen Strafbefehl, Strafverfügung und Strafbescheid.

Die verselbständigte Feststellung kann sogar ihrerseits wieder einer Begründung bedürfen; welche dann natürlich nach den entwickelten allgemeinen Grundsätzen wieder alternativ sein kann.

Dass X einen Diebstahl begangen, ist also nicht mehr eine, der Verurteilung zu 2 Jahren Gefängnis dienende Begründung, sondern eine dieser zu vollstreckenden Entscheidung ebenbürtige Feststellung und selbst eine, allerdings der Vollstreckung nicht bedürftige, Entscheidung. Die Begründung dieser Feststellung aber, positiv juristisch eine Begründung der Entscheidung, logisch ein Grund des Grundes, kann wieder alternativ sein; z. B. eine der oben entwickelten analoge alternative Beweisführung oder eine alternative Deduktion in der Wertung der Beweisresultate.

Diesen Feststellungscharakter nehmen aber nicht alle Teile der Urteilsbegründung an, sondern nur die Angabe des verübten

---

[1]) Siehe hierüber Glaser Handbuch II p. 6 n. 2 und p. 547, der sogar den Nachdruck auf die deklaratorische Funktion des Strafurteils legt.

Verbrechens. Soweit das Urteil sich ausspricht über Processvoraussetzungen, z. B. das Vorliegen eines Strafantrags etc., das Berufungs- oder Revisionsurteil über die Zulässigkeit der Rechtsmittel, über das Vorliegen eines Revisionsgrundes u. s. w., kurz über Alles, was nicht Feststellung des begangenen Verbrechens ist, soweit bleibt sein Ausspruch Begründung und hat Teil an der allgemeinen Zulässigkeit der Alternativität der Begründung.

Vorbemerkung.

Einer besonderen Erörterung bedarf nach dem Vorausgegangenen noch die Alternativität in der Bezeichnung des Prozessgegenstandes, der verbrecherischen Tat. Vor Allem also die Alternativität der Feststellung des Verbrechens im Urteil, die Alternativität in der auf diese hinzielenden Geschworenenfrage und in der Bezeichnung der Tat in den dem Urteil vorangehenden, auf den Processgegenstand bezüglichen Willenserklärungen, insbesondere in der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss. Die Möglichkeit der Alternativität im Urteil wird vorteilhafterweise zuerst besprochen. Denn erstens, da das Urteil Zweck des ganzen Processes, so ist, soweit ein Urteil Alternativität möglich ist, Alternativität auch möglich in allen andern das Processverhältnis berührenden Willenserklärungen, wie Anklage, Eröffnungsbeschluss etc. Zweitens ist das Urteil, wie oben schon berührt, als schwerstwiegende Entscheidung am meisten von einer bestimmten Feststellung abhängig, und die Alternativität hier deshalb an die engsten Grenzen gebunden. Indem man also darum mit der Alternativität im Urteil beginnt, vermeidet man Wiederholungen und gewinnt zugleich von Anfang an den besten Einblick in die Faktoren, welche die Zulässigkeit der Alternativität bedingen.

Kapitel II.

Alternativität im Urteil.

§ 4.

Dogmengeschichtliches.

Die litterarische Erörterung der Frage nach Zulässigkeit alternativer Feststellungen hat nicht angeknüpft an die Besprechung des Urteils, sondern an die Fragestellung in schwurgerichtlichen Verfahren, und noch heute ist hier, nicht dort, bei § 292, nicht bei § 266 Str.-P.-O. traditionell sedes materiae in den meisten Commentaren und Lehrbüchern, selbst bei *Löwe* und Andern, die ausdrücklich auf die allgemeine Bedeutung der Lehre für alle Urteile hinweisen.

In früherer Litteratur, bevor die Schwierigkeiten bei der Fragestellung in schwurgerichtlichen Verfahren auftauchten, finde ich die Frage nicht erörtert. Wenn in Schriften aus der Zeit des gemeinen Processes am Ende des 18. Jahrhunderts von Alternativität im Urteil die Rede ist, z. B. in *Hommel's* „teutschem Flavius“[1]), in *Kleinschrod's* „Systematischer Entwickelung der Grundbegriffe etc.“[2]), so handelt es sich dort um eine Alternativität der Strafen[3]), nicht um eine solche der Feststellung. Letztere habe ich nirgends erwähnt gefunden. Es rührt wohl

[1]) Unter „Alternative zu erkennen.“

[2]) II § 136.

[3]) S. oben § 3 I.

daher einesteils, dass die Anregung durch die Schwierigkeiten im schwurgerichtlichen Verfahren fehlte, andererseits, dass der Kultus der gesetzlichen Tatbestandsworte, des Gesetzesparagraphen, noch nicht so auf die Spitze getrieben war, endlich, dass, wo das Geständnis das Hauptbeweismittel, der Indicienbeweis aber gar unmöglich, Fälle des Erlangens einer alternativen Ueberzeugung natürlich weit seltener sein mussten als bei freier Beweiswürdigung wie heute.

Wenn es aber überhaupt erlaubt ist, den Versuch zu machen, zu erkennen, wie jenes Recht wohl unsere Frage beantwortet hätte, falls sie es sich vorgelegt, so vermute ich, dass es die Alternativität im weitesten Masse erlaubt haben würde. Dem entarteten gemeinen Kriminalrecht mit seiner Sucht, den vermeintlichen Verbrecher nicht ungestraft entkommen zu lassen, ihn zu strafen um jeden Preis, dem Geiste eines Rechts, das die Verdachtstrafe verhängt, scheint es durchaus zu entsprechen, wenn es anders nicht möglich ist, auch auf eine alternative Feststellung hin Strafe zu verhängen. Um so mehr, als in der ganzen Struktur des gemeinen Processes die Feststellung der Tat weit mehr, wie bei uns heute, als blosse Begründung der eigentlichen Entscheidung, der zu vollstreckenden Strafverhängung, erscheint, nicht als eine Entscheidung=Feststellung. Ein Erkenntnis, wie das in E XXVI 155 f, wonach ein offenbar Meineidiger freigesprochen wurde, weil nicht festzustellen, welcher von zwei von ihm geleisteten Eiden der Meineid war, würde jenen Aelteren sicher nicht in den Kopf gewollt haben; sie würden sich wahrscheinlich über alle Einwände hinweggesetzt haben mit den Worten: „Aber einen Meineid hat er doch sicher begangen; also ist er zu strafen!“ —

In Frankreich entwickelt sich zuerst eine reichere Judicatur über die Frage alternativer Feststellungen, angeregt durch die frühe Einführung der Jury und insbesondere durch die Stellung besonderer Fragen im schwurgerichtlichen Verfahren (im Gegensatz zum englischen Verfahren, dem der specielle Akt einer von der Anklage verschiedenen Fragestellung unbekannt ist.) Urteile des französischen Kassationshofs finden wir schon aus dem ersten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts, ja sogar schon früher, z. B. Cass. 24 brum. an 7 (Bull. no. 101), welches besagt, dass das Gesetz „en proscrivant les questions complexes, . . . a, par la même raison, proscrit les questions alternatives, car ces questions, par cela même qu'elles rèunissent deux ou plusieurs faits distincts, sont essentiellement

complexes.[1])“ Hier zeigt sich also schon dasselbe Missverstehen der alternativen Frage, welches später auch mehrfach in den Ausführungen deutscher Schriftsteller und Gerichtshöfe wiederkehrt, die falsche Meinung, durch die alternative Frage würden die Geschworenen gezwungen, das eine oder das andere Glied der alternativen Frage zu bejahen.

Indessen hat man sich davon wieder abgewendet, und die spätere constante Praxis des Kassationshofs lässt sich zusammenfassen in der Formel.[2]): „Il a été admis en thèse générale, qu'une question peut poser sous une forme alternative deux faits distincts, lorsque chacun de ces faits constitue à un degré égal la même criminalité et entraine la même peine.“ In Anwendung hiervon erklärte der Kassationshof eine Frage bezüglich Diebstahls: „L'accusé est-il coupable de s'être rendu complice, soit pour avoir par dons etc provoqué l'action ou donné des instructions, soit pour avoir aidé ou assisté . . . dans les faits qui l'ont préparée ou facilitée ou consommée, soit pour avoir récélé . . .“, nur deshalb für unzulässig, weil die Strafbarkeit des récélé und der complicité beim vol nicht ganz die gleiche.[3]) Die gleiche These, wie jene Urteile des Kassationshofs, stellt auch *Gilbert* auf.[4]) „La question peut comprendre sous forme alternative divers faits ayant la même conséquence pénale.“ *Schlink*[5]) und ebenso ein Teil der französischen Theoretiker, so *Hélie*[6]) und *Trébutien*[7]) verwirft dagegen diesen Satz; letzterer unter Berufung auf die Gefahr der Scheinmajorität, *Hélie*, mit ziemlichem Aufwand von Rhetorik nur unter dem Hinweis darauf, man wisse dann trotz der Antwort „ja“ nicht, was der Angeklagte begangen habe.

Die Entwicklung der Frage in Frankreich zeigt also eine frühere eifrige Behandlung als in Deutschland, die auch die Erörterung bei uns angeregt hat; indessen ist sie für die Lösung der Frage nicht sehr wertvoll, da ein tieferes Eindringen in die Sache nicht erfolgt

---

[1]) S. Hélie VIII 146.

[2]) Hélie VIII 142.

[3]) S. Urteil Cass. vom 22 VII 1847, Bull. no. 158; angeführt bei Hélie VIII 144/45 und Trébutien Cours el. II 420 ff.

[4]) Les codes annotées de Sirey, Paris 1854, Vol. III art. 337, n. 65 p. 156.

[5]) Französisches System der Fragestellung G.-S. 1851 II 156.

[6]) VIII 145 f.

[7]) II 420 ff.

ist, beide Parteien, die Freunde, wie die Gegner der Alternativität, mehr an der Oberfläche haften geblieben sind.

In Deutschland blieb die Frage noch ziemlich lange wenig erörtert; so ist in dem Lehrbuch des Strafprocesses von *Chr. Martin*[1]) nur die lakonische Bemerkung zu lesen: „Dass übrigens alternative Strafurteile in der Regel unzulässig sind, erhellt von selbst;“ die Berufung auf die oben citirten *Hommel* und *Kleinschrod* zeigt, dass auch hier nur eine Alternativität der Strafen gemeint, an eine solche der Feststellung nicht gedacht ist. Erst das abschliessende standardwork des gemeinen deutschen Criminalprocesses von *Zachariae* erörtert die Frage, aber auch nur bei dem Institut des Geschworenengerichts und unter Annahme der Resultate der auf die Geschworenenfrage bezügliche Kontroverse. — Der ganze frühere gemeine Process hat also nichts für unsere Frage Erhebliches zu Tage gefördert.

Die Judikatur der verschiedenen höchsten deutschen Gerichtshöfe (auch in der Hauptsache anknüpfend an die jeweilige Einführung der Jury in den einzelnen Staaten), insbesondere des preussischen Obertribunals, entwickelte verschiedene Sätze über die Zulassung von Alternativen, die indessen oft mit einander derart in Widerspruch stehen, dass weder von einer übereinstimmenden Praxis der verschiedenen höchsten Gerichte, noch von einer einheitlichen, feststehenden eines Gerichtshofs füglich geredet werden konnte.

So legt das preussische Obertribunal in mehreren Urteilen[2]), gerade wie der französische Kassationshof, das Gewicht ausschliesslich darauf, ob die Strafe für beide Alternativen die gleiche ist. In anderen Urteilen hält es an dieser, allgemein angenommenen Forderung fest, verlangt aber noch weitere Erfordernisse. So wurde in einem Erkenntnis des rheinischen Kassationshofs vom 8. April 1849[3]) ausgeführt:

a) dass der Ausspruch der Geschworenen die Anwendung des Strafgesetzes nur dann gestatte, „wenn sich die Absicht und die Uebereinstimmung der bejahenden Majorität klar ersehen lasse, wenn also aus der Antwort hervorgehe, dass die Majorität der Meinung gewesen, es müsse, wenn nicht die eine, so doch jedenfalls die andere

[1]) 4. Ausg. 1836 § 148 i. f. p. 367.

[2]) S. die bei Oppenhoff „Preussische Gesetze“ art. 31 n. 6 p. 175 citirten I 6/7 53 (869; G. A. I 537); I 11/6 58 (572); I 9/2 59 (88).

[3]) Mitgeteilt in G. A. I 207; s. auch Tippelskirch G. A. XV 454.

Supposition erwiesen sein.“ (Hier taucht also schon — später noch in mehreren, zur Sache gehörigen Urteilen des Obertribunals[1]) — der Gesichtspunkt der Scheinmajorität auf.)

b) Das Urteil wird aufgehoben, da die Alternativen „nach verschiedenen Gesetzen zu bestrafende . . . . Verbrechen oder Vergehen darstellen.“

Ein genaueres Princip für die Zulässigkeit alternativer Feststellungen solcher Momente, die im gesetzlichen Tatbestand nebeneinander vorkommen, hat das Obertribunal nicht entwickelt. Es lehnt z. B. einmal[2]) die Alternative „Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit“ (bei der schweren Körperverletzung, § 193 des p. St.-G.-B. 1. Ausgabe) ab, allein mit dem Hinweis darauf, die einfache Bejahung einer solchen Frage gebe keine Gewähr dafür, dass die Majorität der Geschworenen eines von beiden bejaht habe. Ein ander Mal erlaubt es dagegen die Feststellung „in der Absicht sich oder Andern Gewinn zu verschaffen oder Andern Schaden zuzufügen“,[3]) weil „jede der alternativ ausgedrückten Tatsachen dieselbe strafrechtliche Folge habe (was heisst das? Im Sinne des Ober-Tribunals wohl soviel wie „dieselbe Straffolge habe“) und also (?) nicht verschiedene strafrechtliche Gesichtspunkte in sich schliesse.“ Eine allgemeine Formulierung, die in einem Urteile vom 29. 6. 1853[4]) versucht wird, besagt, je nachdem man sie auslegen will, Alles oder gar nichts; es heisst da: „Nach den bisherigen Entscheidungen ist der Ausdruck einer Alternative durch den Gebrauch des „oder“ in einer Fragestellung, welche nur durch einfache Bejahung beantwortet ist, in der Regel dann nicht für unzulässig erachtet worden, wenn jede der beiden Alternativen die Entscheidung des Gerichtshofs gerechtfertigt haben würde; wohl aber dann, wenn das Gesetz verschiedene rechtliche Voraussetzungen (was heisst das?) oder sogar verschiedene Folgen an jede der Alternativen knüpft.“ Ebenso nichtssagend ist in einem Urteile vom 4. 5. 1859[5]) der Passus, dass „alternative Feststellungen die Basis einer Verurteilung geben können, wenn sie die Anwendung des Ge-

[1]) Z. B. 17/11 1853 G. A. II 94, s. Tippelskirch G. A XV 458.

[2]) 17. 11. 53 G. A. II 94 und XV 458 unter 10.

[3]) 23. 1. 1857 ungedruckt, angeführt bei Tippelskirch G. A. XV 459 unter 14.

[4]) G. A. I 548, s. G. A. XV 456/57 unter 8.

[5]) G. A. VII 517, s. XV 457 unter 8.

setzes gestatten, gleichviel ob man das eine oder das andere Glied der Alternative für bejaht erachtet."

In einigen Urteilen findet man dagegen einen Gedanken angedeutet, der auch später noch verwertet worden, der dem „Collektivbegriff" *Bar's* und A., den „nah verwandten, in einander übergehenden Begriffen" *Kries*'ens etc. verwandt ist. So, wenn in einem Erkenntnis[1]) die verschiedenen Arten der Anstiftung, „angereizt, verleitet oder bestimmt hat", für zulässig erklärt werden, da „jene Ausdrücke nicht eine wesentlich von einander verschiedene Richtung des Willens bezeichnen," ebenso, wenn in einem Urteil vom 11. 9. 1856[2]) die Alternative „Geschenke oder Versprechen" bei der Anstiftung erlaubt wird, da „hierdurch das Mittel der Verleitung mit hinreichender Bestimmtheit festgestellt sei, da als wesentlich von einander verschieden und namentlich in Bezug auf die Richtung des strafbaren Willens verschieden, bei einer durch Geschenke und bei einer durch Versprechen bewirkten Verleitung die Tätigkeit des Anstiftens sich nicht darstelle." So auch in einem Erkenntnis vom 30. 12. 1855[3]): zulässig ist die Alternative in § 284 pr. St.-G.-B.[4]) vom 14. 4. 1851 „verwüstet oder zerstört oder geplündert", da „diese Ausdrücke doch nur den Gegensatz der einfachen Beschädigung darstellten und etwaige verschiedene Auffassungen der Geschworenen darüber, ob ein Verwüsten, oder Zerstören oder Plündern vorgelegen, die Anwendung der Strafe nicht ausschliessen würden."

Bemerkenswert ist noch eine offenbar falsche Ansicht, die in mehreren Urteilen des Obertribunals hervortritt: nach Bejahung einer alternativen Frage hätten sämmtliche darin enthaltenen Alternativen als bejaht zu gelten. So eine Entscheidung,[5]) worin es heisst, „dass da die Geschworenen mit voller Mehrheit ein einfaches Ja erklärt hätten, die gleichmässige Bejahung aller Sätze nach gewöhnlicher Rede anzunehmen sei;" eine weitere,[6]) wonach, da die Geschworenen die alternative Frage einfach bejaht hätten, „die gleichmässige Be-

---

[1]) Vom 23. 5. 1861, G. A. IX 552, s. XV 457 unter 9.

[2]) Ungedr. s. Tippelskirch G. A. XV 457 unter 9.

[3]) Pr. Justiz-Min. Bl. 1856 p. 18, G. A. IV. 208, s. XV 458 unter 11.

[4]) „Wenn sich mehrere Personen zusammenrotten und bewegliche oder unbewegliche Sachen eines Andern plündern, verwüsten oder zerstören, . . ."

[5]) G. A. I 365 Nr. 10, s. XV 455 unter 6.

[6]) Vom 31. 5. 1854 ungedr. s. G. A. XV 456 unter 7.

jahung dieser Alternativen anzunehmen sei.“ Ebenso der merkwürdige Gedanke, die Glieder der Alternative dürften, solle die Frage überhaupt zulässig sein, sich nicht gegenseitig ausschliessen. So ein Urteil vom 20. 2. 1867[1]): alternative Fragestellung sei „überall da zulässig, wo die beiden Alternativen nicht Tatbestände enthielten, welche einander ausschlössen, wo also neben der einen die andere nicht faktisch undenkbar“. Auch *Oppenhoff*[2]) sagt dasselbe: „Die Verbindung verschiedener tatsächlicher Momente in derselben Feststellung durch ein „oder“ ist entschieden zu missbilligen. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die alternativ festgestellten Fälle begrifflich wechselseitig ausschliessen.“[3]) Einen Grund für diese Einschränkung geben weder *Oppenhoff*, noch jene Urteile an. Ob wohl der Gedanke nachwirkt, dass durch Bejahung der Frage beide Alternativen festgestellt würden, die doch nebeneinander physisch oder logisch unmöglich, und so ein unzulässiger Widerspruch der Feststellung mit sich selber entstehe?

Aehnliche Widersprüche und ähnliches Schwanken weist auch die Praxis anderer höchster Gerichtshöfe auf; die gleichen Argumente und Bedenken kehren dort wieder. Nur sind die Rechtssprüche natürlich weniger zahlreich, als die preussischen. Die ausführlichere Darstellung der Ansichten des Obertribunals erspart darum ein genaueres Eingehen.

Der hess. Kassationshof *Darmstadt* entwickelt z. B. in einer Entscheidung[4]) richtig: die Bejahung der Frage, ob Angeklagter physischer oder intellektueller Urheber einer Brandstiftung sei, enthalte eine entsprechende alternative Feststellung, eine solche sei zulässig, „wenn die beiden Alternativen ein und dasselbe Verbrechen begreifen und die eine wie die andere Alternative die gleiche Strafe zur Folge hat.“ In einem anderen Urteil[5]) wird ausgesprochen, „dass die allgemeine Bejahung einer auf mehrere Alternativen gerichteten Frage . . . nicht genügend ist, wenn jede der Alternativen ein

---

[1]) G. A. XV 253, s. Tippelskirch G. A. XV 460 unter e; ebenso auch O.-Tr. 23. 2. 1861 G. A. IX, s. XV 457.

[2]) Pr. Gesetze art. 31 n. 6.

[3]) Ebenso selbst noch Keller § 292 St.-P.-O. n. 2; siehe hierüber unten § 7 III a. E.

[4]) Vom 16. IX 1850 Emmerling Sammlung 1855 II A. p. 114/17.

[5]) Vom 26. XI 1856 Emmerling 1855 II B. p. 162/3.

anderes Verbrechen, oder eine derselben . . . gar keine vor dem Gesetz strafbare Handlung involvirt."

Das badische Oberhofgericht[1]) erklärte eine alternative Frage für fehlerhaft mit der Begründung, es sei beim Wahrspruche Bildung einer Scheinmajorität möglich, und der Gerichtshof habe so keine sichere Grundlage für sein Urteil. Vergleiche dagegen das unten in § 18 angeführte Urteil des gleichen Gerichts[2]).

Der österreichische Cassationshof Wien vernichtete ein Urteil bezgl. Anstiftung, da die Geschworenenfrage dahin ging, ob der Angeklagte durch „Befehl, Anraten, Lob etc. oder auf was immer für andere Art" angestiftet[3]).

Der bayrische Cassationshof erlaubte in einer Frage nach schwerem Raub die Alternativen, „ob durch die Handlung der Angegriffene getötet worden, oder, bei nicht erfolgtem Tode, in Lebensgefahr versetzt, oder lebensgefährlich verwundet, oder verstümmelt worden, oder einen unheilbaren bleibenden Nachteil an seiner Gesundheit erlitten hat"[4]), mit der Begründung, es stehe doch immer fest, dass das Verbrechen begangen[5]).

In einem Erkenntnis vom 20. 4. 1866[6]) stellt er es sogar nur darauf ab, ob die zu verhängende Strafe die gleiche sei.

Die Frage nach der Alternativität wurde dann, abgesehen von der Judikatur, auch in der Litteratur der fünfziger und sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts ziemlich häufig erörtert, ohne dass indes ein wirklicher Fortschritt in der Diskussion zu vermerken ist. Es bildeten sich zwei Ansichten; die eine verwarf jedwede Alternative im Tatbestand und im Faktum des festzustellenden Verbrechens. Dazu gehören, ausser den angeführten französischen Theoretikern wie *Hélie* und *Trébutien*, *Arnold*[7]) und *Mittermaier*[8].) Das Haupt-

---

[1]) In einer Entscheidung von 7 V 1860, Bad. Annalen 1859/60 Bd. XXVI 321 ff.

[2]) Vom 30. VII 1860, ebenda 421 f.

[3]) S. Gerichtszeitung 1850 p. 158; Mittermaier G. S. 1852 I 228 ff.

[4]) Sitzungsberichte der bair. Strafgerichte Bd. I; p. 144/5 Fertig Sammlung Bd. I p. 70; siehe Arnold G. S. 1855 I 216 f.

[5]) Ein Mehreres an Entscheidungen bei Arnold l. c.

[6]) St. VI 49.

[7]) Im G. S. 1855 I 216.

[8]) G. S. 1852 II 228 f. und I 407; in späteren Werken und Aufsätzen, „Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte" p. 490 und G. S. 1864 p. 289, hält er diese ganz allgemeine Verneinung nicht aufrecht.

argument dieser Gruppe ist, wenn man eine alternative Feststellung zulasse, könne sich eine blosse Scheinmajorität für die Verurteilung bilden. Es kehrt stets ungefähr folgendes Rechenexempel wieder: wenn der Angeklagte einstimmig schuldig befunden wird, A oder B oder C getan zu haben, so haben vielleicht vier Geschworene gemeint, er habe A begangen, vier B, vier C, so dass er eigentlich hätte freigesprochen werden müssen. Der zweite Gegengrund ist regelmässig, „dass nur eine ganz bestimmte Aeusserung eines strafrechtlich erheblichen Willens Gegenstand der Bestrafung sein könne und nur eine bestimmte, in allen Teilen genau festgestellte Tat zu bestrafen sei, die Bejahung einer Alternative aber diese notwendige Bestimmtheit ausschliesse“[1]), Beide Gründe findet man auch ausgeführt und gebilligt in einem Urteil des Obertribunals[2]) und bei *Frydmann*[3]).

Gegenüber dem Einwand der Scheinmajorität, deren Gefahr auch sie anerkennen, verlangen *Oppenhoff*[4]) und *Rubo*[5]) Massregeln, welche eine unzulässige Zusammenfassung verschiedener Meinungen in dem einfachen Ja auf die alternative Frage verhindern sollen. (Das Genauere siehe unter Kapitel 4.) Dafür wird andererseits die Grenze, welche bisher festgehalten worden, dass nämlich die Straffolge für beide Alternativen die gleiche sein müsse, aufgegeben; *Rubo* lässt eine Feststellung auch von Alternativen mit ungleichen Straffolgen zu und will dann nach dem Satze „in rebus criminalibus dubiis sententia mitior“ die mildere anwenden. Ebenso gibt er die zweite gewonnene Regel, welche Einheit der Tat und des Tatbestandes verlangte, wieder preis.

Den Abschluss der Erörterung bilden zwei ausführliche Darstellungen, die sich mit der Frage ex professo beschäftigen, eine kleine Monographie *v. Tippelskirch's* „Ueber alternative Fragen und

---

[1]) S. Ullmann D. 509 n. 4.

[2]) Vom 30. 12. 1855, Pr. Just.-Min. Bl. 1856 p. 18 und G. A. IV 208, s. G. A. XV 456 unter 7.

[3]) „Verteidigung“ p. 271.

[4]) Pr. Gesetze art. 31 n 6, art. 80 n 12.

[5]) G. A. XIV 377 ff „Ueber Beantwortung alternativer Fragen.“

tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren“[1]) und ein Kapitel in *v. Bar's* „Recht und Beweis im Geschworenen-Gericht“[2]).

Bei *Bar* ist in seinen Grundzügen der heutige Stand der Lehre vollkommen entwickelt. Es wird unterschieden, ob die Alternativität nur konkrete Tatumstände trifft oder sich auch im gesetzlichen Tatbestande zeigt. Erstere Art sei generell zulässig, letztere im allgemeinen unzulässig; ausser, wenn das Gesetz „unter einer alternativen Bezeichnung nur einen und denselben Tatbestand begreife, wenn nach Ansicht des Gesetzgebers eine hinreichend umfassende und der Missdeutung nicht ausgesetzte sprachliche Bezeichnung für das, was mit Strafe bedroht werden solle, nicht vorhanden sei“[3]) (Collektivbegriff). Einheit der Tat und des Tatbestandes wird verlangt. Dem Einwand der Scheinmajorität tritt *Bar* entgegen mit der Behauptung, soweit Alternativität zulässig, soweit dürfen auch die Stimmen des Votanten, welche an Bestimmtheit der Meinung über das Verlangen der Frage hinausgehend, nur eines der Glieder der Alternative annehmen, zusammengezählt werden. Die besondere Betonung und die Begründung dieses wichtigen Satzes ist auch das Verdienst der Ausführungen *Glaser's* in den etwas früheren Abhandlungen „Fragenstellung im schwurgerichtlichen Verfahren“ (1862) und „Zur Juryfrage“ (1863)[4]), die im Uebrigen zu bestimmt formulirten Resultaten nicht kommen. Ein weiterer Fortschritt *Bar's* liegt darin, dass er die Eigenschaft der Alternativität als eines trefflichen Mittels zur Specialisirung der incriminirten Tat scharf hervorhebt; als welches die Angeklagten weit mehr sichere, wie die scheinbare Bestimmtheit der Angaben, welche durch gänzliches Weglassen der Alternativen oder durch einen die Unbestimmtheit verhüllenden Ausdruck entstehen würde[5]).

Zwei neue meines Erachtens nicht richtige Gesichtspunkte führt *Bar* ferner in die Diskussion ein: 1) Allgemeine Voraussetzung der

---

[1]) In G. A. XV. 449 ff., 505 ff.

[2]) Dazu ergänzend eine Abhandlung von Bar's in G. A. XV 569 ff, als Antwort auf einen Angriff Rubo's.

[3]) Bar, Recht 206.

[4]) Vereinigt in den „Schwurgerichtlichen Erörterungen“ 1875, wonach ich im Folgenden auch citire.

[5]) So „Recht“ p. 202/3.

Zulässigkeit jeder Alternative sei, dass die Verteidigung gegen jedes einzelne Glied nicht wesentlich verschieden. 2) Gesetzliche Qualificationsmomente alternativ festzustellen sei zulässig, denn, wenn das Gesetz mehrere Qualificationsgründe einer an sich schon strafbaren Tat neben einander aufstelle und die Subsumtion der Tat unter den einen, wie unter den andern Qualificationsgrund in rechtlicher Hinsicht Zweifeln nicht unterliege, so nähmen diese Qualificationsgründe ganz die Natur concreter Tatumstände für den fraglichen Fall an.

Die Grundlinien der Arbeit *von Tippelskirch's* sind annähernd die gleichen. Besonders ist noch hervorzuheben:

1) Er lenkt von der üblich gewordenen einseitigen Betrachtung der Fragestellung wieder ab und betont, dass die Zulässigkeit der Alternativität in Frage und Feststellung gleich sei.

2) Er erweitert gegenüber *Bar* die Zulässigkeit von Alternativen des Tatbestandes, indem er sie nicht nur im Falle des Collektivbegriffs gestattet, sondern auch, wenn sie sich auf Ausführungsarten oder Nebenumstände einer und derselben Tat beziehen.

3) Ein ferneres Verdienst liegt darin, dass er den Versuch gemacht hat, das preussische Strafgesetzbuch auf die Zulässigkeit alternativer Feststellungen von Tatbestandsteilen zu prüfen.

Der Stand dogmatischer Entwickelung, wie er hauptsächlich in diesen beiden Arbeiten schon vor Erscheinen der deutschen Strafprozessordnung erreicht war, ist im Wesentlichen bis heute der Gleiche geblieben,

Die Gesetzgebung, die Reform des Strafprocesses in den einzelnen deutschen Staaten, hat nicht in die Entwickelung der Frage eingegriffen. Die verschiedenen Strafprocessordnungen enthalten sich jeder Bestimmung. Nur das sächsische Gesetz vom 1. 10. 1868 sagt in § 54, dass „Fragen, in welche einzelne Umstände alternativ aufgenommen werden, nicht ausgeschlossen sein sollen" und die württembergische Strafprocessordnuug in Art. 371, „dass nach Umständen auch die alternative Fassung einer Frage zulässig sei." Damit ist aber gar nichts über die Grenzen der Alternativität gesagt, und statt solch nichtssagender Bestimmungen ist es immer noch besser, wie die deutsche Strafprocessordnung tut, die Frage der Wissenschaft zu überlasseu, da der wissenschaftliche Streit noch unentschieden, die wissenschaftlichen Regeln noch gerade so dehnbar wie

die citirten gesetzlichen, die ganze Sache also für den Spruch des Gesetzgebers noch nicht reif sei[1]).

Die Judikatur des Reichsgerichts[2]) folgt im Grossen und Ganzen dem Principe, wie es ausgesprochen ist in E. XXVI. 157[3]): „Das Princip lässt für alternative Fassung insoweit Raum, als es sich handelt 1) um unwesentliche Modalitäten (Zeit, Raum, Werkzeug etc.) der Verübung . . . 2) um gleichwertige Modalitäten des gesetzlichen Tatbestandes desselben individuell bestimmten Reats." Einheit des Tatbestandes und Identität der äusseren Tat müssen gewahrt bleiben[4]).

Die Theorie begnügt sich im Allgemeinen mit Recapitulation der hier, sowie bei *Bar* und *Tippelskirch* entwickelten Lehren, ohne der Erörterung der Frage sehr viel Raum zu widmen. Neu hervortretende Gesichtspunkte kann ich nur im Folgenden finden:

v. Kries betont besonders scharf, dass die Alternativität nur eine Unterart der unbestimmten Feststellung sei. Er bestreitet die Zulässigkeit der Alternativität blosser Subsumtion[5]). Er behauptet eine neue Kategorie erlaubter Alternativen des gesetzlichen Tatbestands, die nicht ihrer Verwandtschaft wegen alternativ feststellbar seien, sondern trotzdem sie gerade nicht verwandt, weil der Gesetzgeber, der Schwierigkeit der genaueren Beweisführung sich bewusst, sie als alternativ feststellbar neben einander angeführt habe.

Beling[6]) sucht 1) die Lehre zu verallgemeinern, zu erheben zur Betrachtung der alternativen Willenserklärung überhaupt. Er weist darum der Behandlung der Frage eine Stelle schon im allgemeinen Teil an bei Erörterung der Willenserklärung an sich.

2) Er sucht einen weiteren Gesichtspunkt für die Lösung der Frage darin, ob die Alternativität die Entscheidung oder die Begründung der Entscheidung betreffe; in dem letzteren Falle sei sie stets zulässig.

---

[1]) So Motive p. 172, Hahn Materialien III 1 p. 322.

[2]) Im Ganzen sind mir etwa 20 gedruckte Entscheidungen zu Gesicht gekommen.

[3]) Es ist darum unbegründet, wenn Löwenstein „Revision" p. 81/2 behauptet, eine konsequente Durchführung der Grundsätze lasse die Judikatur des Reichsgerichts nicht erkennen.

[4]) So auch R. III 95, und andre Entscheidungen mehr.

[5]) Siehe unten § 8.

[6]) p. 290 f, ihm folgend Rosenfeld p. 230.

§ 5.

Fremdes Recht.

Nach dieser dogmengeschichtlichen Entwicklung noch einen kurzen Blick auf das ausländische Recht! Das Prototyp der einen Gruppe von Strafprocessordnungen, das französische Recht, ist schon als ein wichtiger Faktor in der dogmengeschichtlichen Darstellung berührt worden; es erübrigt, die andere Gruppe des englischen (schottisch - nordamerikanischen) Strafverfahrens kurz darzustellen. Für Genaueres verweise ich auf *Glaser* „Anklage etc." und die dort angeführte englische etc. Litteratur; siehe auch den kurzen Ueberblick von *Tippelskirch*'s in G. A. XV 451 f und *Mittermaier* „Das englische etc. Strafverfahren" § 15 p. 252—57, § 27 p. 451.

Unter den vielen Besonderheiten des englischen Strafverfahrens ist die Stellung, die es zu unserm Thema einnimmt, vielleicht eine der merkwürdigsten. Die Anklageschrift im schwurgerichtlichen Verfahren — ich gehe von ihr aus, da sie zweifachen Charakters ist: ausser Grundlage der Verhandlung auch Entwurf des deklaratorischen Teils des Endurteils, insofern nämlich das Verdikt als eine einfache Bejahung sich nur auf sie bezieht (eine besondere Fragestellung giebt es ja nicht), und auch das Urteil nicht mehr eine besondere Feststellung trifft — erlaubt eine Alternativität in der Beschreibung des Vorgangs bei Verübung der Tat nicht. So erwähnt *Glaser*[1]) als unzulässig disjunctive Anklageformeln wie „levavit vel levari causavit", „existens servus sive deputatus", „ermordete oder ermorden liess", „mit einem Stock oder Stab".

Das schottische Recht ist in dieser Beziehung milder und lässt[2]) Beschreibungen gelten, wie folgende: „mit einem Hammer oder einem andern schweren tötlichen Werkzeug", „durch Erwürgen mit einem Hals- oder Schnupftuch oder etwas anderem, das knapp um ihren Hals gewunden wurde, oder Erdrosseln mit den Händen", „durch Eingiessen einer Quantität sogenannten Vitriolöls oder einer andern giftigen Substanz", „durch Erstechen, Erwürgen oder auf irgend eine andere schlechte und grausame Art" usw.

---

[1]) L. c. p. 63 n 20; unter Berufung auf Archbold „Pleading and Evidence in Criminal Cases" (15. Edit. London 1862) p. 42 und Wharton „A Treatise on the Criminal Law of the United States" (2. Ed. Philadelphia 1852) p. 120.

[2]) Glaser l. c. 64/65.

Es ist in dieser Hinsicht, wie auch *Glaser* meint, ein festes Princip nicht aufzufinden; doch wird man sagen können, dass jede allgemeine oder unbestimmte Angabe der Anklage, namentlich über den Vorgang bei Verübung der Tat, nur schwer zugelassen wird, und dass insbesondere die alternative Redeform ängstlich vermieden wird als „nur ganz ausnahmsweise zulässig, da sie, wo sie unverhüllt auftritt in Widerspruch mit der Regel steht, dass die Anklage keine unbestimmte sein dürfe."[1])

Dieser weitgehenden Scheu vor alternativer Fassung, die demnach viel grösser ist als in der deutschen und französischen Praxis, steht eine Freiheit gegenüber, die in ihrem Resultat manchmal weit über das hinaus geht, was jene sich erlauben, und die nur davor Halt macht, dass zwei völlig selbständige historische Ereignisse auch in England nicht alternativ zum Gegenstand der Anklage gemacht werden können, da überhaupt die Anklage sich meist nur auf ein einheitliches historisches Faktum beziehen darf[2]).

Die Anklageschrift darf nämlich dasselbe historische Faktum in ihren verschiedenen Abschnitten, Counts, verschieden darstellen; sie stellt „in copulativer Redewendung Behauptungen nebeneinander, welche in Wahrheit sich alternativ zu einander verhalten."[3]) So schildert sie etwa 1) die Tat mit mehr, dann 2) mit weniger concreten Umständen, auch mit verschiedenen Aenderungen der Umstände oder unter Anwendung verschiedener Strafgesetze auf den Vorgang, selbst wenn diese eine verschiedene Strafbarkeit begründen. Namentlich können auch die verschiedenen Alternativen eines gesetzlichen Tatbestands in die Anklage aufgenommen werden, sonst unverändert, nur aus der alternativen Redeweise des Gesetzes in eine cumulative übersetzt. So citirt *Glaser*[4]) folgende Stelle aus *Wharton*: „Wenn ein Gesetz, auf dem eine Anklageschrift beruht, die strafbaren Handlungen oder die zum Tatbestand derselben gehörige Absicht in disjunktiver Redeweise aufzählt, ist es notwendig, dass die Anklageschrift sie conjunctiv anführe . . . . Es wurden Anklageschriften, welche auf Grund englischer disjunktiv lautender Gesetze abgefasst, angaben, der Angeklagte habe eine gewisse Urkunde gefälscht oder

---

[1]) Glaser l. c. 75.
[2]) Glaser l. c. 85.
[3]) Glaser l. c. 75.
[4]) L. c. 77; Wharton p. 120/21.

fälschen lassen, für unrichtig erklärt". Wie weit auf solche Weise materiell die Alternativität gehen kann, erhellt aus Beispielen, die *Glaser* l. c. 79 ff. anführt. So darf man[1]) in verschiedenen Abschriften der Anklageschrift die Eigentümer der gestohlenen Gegenstände oder der angezündeten Häuser, oder das Werkzeug der Tötung verschiedenartig beschreiben; in dem einen Abschnitt den Angeklagten als Dieb, in dem Andern als Diebsgehilfen, in dem dritten als Hehler bezeichnet;[2]) bei Giftmord das Gift auf verschiedene Weise beschreiben, schliesslich auch nur als „einen gewissen schädlichen den Geschworenen unbekannten Gegenstand;" damit vielleicht noch verschiedene counts kombiniren, nach deren einem der Angeklagte das Gift beigebracht hat, nach dem andern hat herbeibringen lassen, nach dem Dritten den Getöteten veranlasst hat, es zu nehmen, etc.; bei einer Anklage wegen Verwundung die Absicht des Verbrechers verschieden angeben, selbst wenn dadurch ein verschiedenes Strafmass begründet wird.[3]) Es ist zulässig, den Angeklagten im einen count als Haupttäter ersten, in dem andern als solchen zweiten Grades zu bezeichnen, oder im ersten als Mitschuldigen, im zweiten als Begünstiger;[4]) und ähnliche Fälle mehr.

Jeder dieser weiteren counts beginnt mit den Worten: „Und die vorerwähnten Geschworenen geben unter ihrem vorerwähnten Eide ferner an . . .," scheint also ein zweites, drittes, etc. Verbrechen zu incriminiren.

Diese Anklageschrift mit mehreren counts kann gerade wie eine einheitliche von der (grossen) Anklage-Jury einfach durch ihr „a true bill" unverändert an die (kleine) Urteils-Jury verwiesen werden. Und diese kann ihr Ja zwar auf einige dieser counts beschränken, sie kann aber auch das Ganze ohne Ausscheidung irgend eines Teils mit einem Ja beantworten, so dass dem Anscheine nach der Angeklagte der mehreren Verbrechen cumulativ schuldig befunden wird.[5]) Ja, der Vorsitzende rät manchmal in seiner charge den Geschworenen, sie sollten garnicht den unnützen Versuch machen, in die juristischen Geheimnisse des Verhältnisses der verschiedenen

---

[1]) Nach Wharton 153.
[2]) Glaser l. c. 81 n. 40, 84.
[3]) Glaser l. c. 82.
[4]) Glaser l. c. 84.
[5]) Glaser l. c. 204 ff.

counts zu einander einzudringen und sich deren Unterschiede klar zu machen, sondern sie sollten frischweg die Anklage in complexu bejahen. So äussert ein vorsitzender Richter in seinem Vortrag[1]): „Die Anklageschrift enthält vier Abschnitte, deren jeder den Grund der Anklage auf andere Weise angibt; aber es scheint mir, dass es Sie eher in Verwirrung stürzen, als aufklären würde, wollte ich Ihnen die Unterschiede zwischen ihnen darlegen;" ein anderer:[2]) „Die verschiedenen Darstellungsweisen werden zu dem Zwecke vorgebracht, um der eigentümlichen Phraseologie des Gesetzes zu entsprechen; jedoch wird nicht behauptet, dass mehr als eine strafbare Handlung begangen sei; dies ist daher reine Formsache, um die Sie sich nicht zu bekümmern brauchen." Es werden also, wie *Glaser* sagt, „die Geschworenen förmlich ermuntert, sich um die mannigfachen Varianten der Anklage nicht zu bekümmern, sich nicht darüber auszusprechen, welche unter den der Sache nach alternativ sich zu einander verhaltenden Anklageformeln sie sich aneignen wollen."

Der Gedanke an die Gefahr einer Scheinmajorität — oder, für das englische Recht, besser gesagt Scheineinstimmigkeit, da ja für das Verdikt der Jury Einstimmigkeit verlangt wird — scheint den englischen Juristen gar nicht gekommen zu sein; und es ist keinerlei positive Vorkehrung dafür getroffen, zu constatiren, welche der verschiedenen Anklageformeln sie sich aneignen, und ob auch darüber Einstimmigkeit unter ihnen herrsche.[3])

Da in dem „Schuldig" der Jury formell die cumulative Bejahung aller in der Anklageschrift cumulativ erhobenen, in Wahrheit alternativen Beschuldigungen liegt, so kann der Wahrspruch nicht Urteilsgrundlage sein, wenn die verschiedenen counts unter einander in unlösbarem Widerspruche stehen. Allein man geht „bei der Anwendung der Regel mit auffallender Laxheit zu Werke. So lange die abstrakte Möglichkeit, dass die verschiedenen Sätze nebeneinander wahr sein könnten, sich nicht leugnen lässt, so lange wird das Verdikt aufrecht erhalten, ohne dass weiter untersucht wird, ob es einen Sinn haben könne, im gegebenen Falle beide Behauptungen mit demselben Atemzuge auszusprechen."[4]) Man nimmt also keinen Anstoss

[1]) Glaser l. c. 208.
[2]) Glaser l. c. 214.
[3]) Glaser l. c. 206.
[4]) Glaser l. c. 218/19.

daran, wenn gleichzeitig die Absicht zu töten, die, das Leben in Gefahr zu bringen, die, schweres körperliches Leiden zuzufügen, nebeneinander behauptet werden. „Es wird nicht als ein Widerspruch angesehen, wenn Anklagen, die auf vollbrachtes Verbrechen und auf Versuch, auf Diebstahl und auf Hehlerei gerichtet sind, gemeinschaftlich bejaht werden.“ Am interessantesten ist folgender Fall, den *Glaser*[1]) erzählt: A. und B. sind wegen Ermordung des C., der durch einen Schuss getötet worden, angeklagt. Im ersten count heisst es, A. habe den Schuss abgefeuert und B. sei dabei helfend und unterstützend anwesend gewesen; im zweiten, B. habe geschossen und A. sei dabei anwesend gewesen und habe geholfen. Die Jury erklärte Beide für schuldig, mit dem ausdrücklichen Zusatz, wer von beiden geschossen habe, wisse sie nicht. Selbst dies hat man als zulässig angesehen.

In Fortsetzung jener „formalistischen Heuchelei“[2]) wird nach solcher Collektivbejahung der Anklage durch die Jury der Angeklagte auf Grund jener mehreren Verbrechen, die in Wahrheit aber nur eines mit alternativen Modalitäten oder in alternativer Subsumtion darstellen, verurteilt.

Bei der Strafverhängung ergeben sich natürlich neue Schwierigkeiten, noch gesteigert dadurch, dass die verschiedenen counts manchmal auch wirklich real concurrirende Verbrechen enthalten, so dass dann materiell eine mehrfache Strafverhängung am Platze ist. Es kommt eventuell[3]) zu einer Idealconcurrenz der Vollstreckung der verschiedenen Freiheitsstrafen, die wegen der verschiedenen counts der Anklage verhängt worden sind. Indessen ist die Unklarheit und Principlosigkeit hier besonders gross, und da die Consequenzen für die Strafe ja mit der Alternativität der Willenserklärung an sich nichts zu tun haben, so darf ich einfach auf *Glaser* l. c. 220 ff verweisen, welcher die Sache eingehend darstellt.

Bei Betrachtung dieses höchst merkwürdigen und verwirrten Zustands wird man nicht umhin können, mit *Tippelskirch*[4]) zu sagen: „Es wird kaum der Bemerkung bedürfen, dass wir uns hierin das Vaterland der Jury nicht als Muster zu nehmen haben.“

---

[1]) L. c. 219, nach Wharton 152 und Archbold 56.

[2]) Glaser l. c. 205.

[3]) Glaser l. c. 229.

[4]) G. A. XV. 452.

In Schottland ist eine alternative Fassung der Anklage ganz allgemein zulässig,[1]) in der Darstellung der Tatumstände sowohl, wie in der Heranziehung des Tatbestands.

Die Verhüllung materieller Alternativität durch Cumulirung verschiedener counts, wie in England, ist unbekannt, da die schottische Anklageschrift keine verschiedenen counts enthält. Antwortet aber das Verdikt auf die alternative Anklage einfach ja, so ist es nichtig. In der Antwort und im Urteil darf also keine Alternative zurückbleiben.[2])

§ 6.

Unzulässigkeit alternativer Feststellungen, die verschiedene Entscheidungen zur Folge hätten.

Eine Alternativität der zu vollziehenden Entscheidung, d. i. der Strafverhängung, ist beim Urteil nicht möglich; beim Urteil, dem Finale des Processes, am allerwenigsten, wie oben schon im Allgemeinen ausgeführt (§ 3 I).

Fällt aber die Alternativität der zu vollziehenden Entscheidung, der zu verhängenden Strafe, so ist von vornherein klar, dass darum auch die Begründung, die Feststellung des Verbrechens, nur insoweit alternativ sein kann, als durch deren Alternativität die Einheitlichkeit der Entscheidung nicht gefährdet wird. Die beiden Alternativen der Begründung müssen also in gleicher Weise die einheitliche Decisive rechtfertigen.

Was hier vom Gesichtspunkte der Decisive aus verboten wird, eine alternative Feststellung, die verschieden schwere Decisiven zur Folge haben würde, das Gleiche verbietet sich meist auch aus dem — unten zu betrachtenden — Gesichtspunkt der Feststellung selbst. Denn die Tatbestände, an welche sich die verschiedenen Strafen knüpfen, sind meist selbst auch ihrem Inhalte nach, abgesehen von den Straffolgen, so verschieden, dass sie sich, nach dem unten zu entwickelnden Grundsätzen, schon deshalb nicht alternativ feststellen lassen, und wenn man z. B. zweifelt, ob die inhaltliche Verschiedenheit der Alternativen von gesetzlichen Tatbeständen derart gross ist,

---

[1]) S. Glaser l. c. 204 und ex professo 231 f; s. auch die zu Anfang dieses § angeführten Beispiele.

[2]) S. noch Tippelskirch G. A. XV. 451/52.

dass sich vom Standpunkte der Feststellung aus die alternative Feststellung verbiete, so gibt die Verschiedenheit der Straffolgen einen Hinweis darauf, dass im Sinne des Gesetzes dem allerdings so ist. Die obige Erörterung wird indessen hierdurch nicht überflüssig. Es kann z. B. der Tatbestand des Verbrechens vollkommen einheitlich sicher sein, und alternativ bestimmt nur das Alter des Verbrechers zur Zeit der Tat: über 18 Jahren, oder unter 18, aber über 12, bei vorhandener Einsicht gemäss § 57 Str.-G.-B. Von einer Verschiedenheit der specifischen Verbrechenstatbestände kann hier füglich nicht die Rede sein, und an sich wäre eine alternative Feststellung möglich; sie verbietet sich aber, da die Straffolgen verschieden sein würden, je nachdem das eine oder das andere Glied der Alternative zutrifft.

Aus dem Grundsatze folgt:

I. Es können nicht Alternativen festgestellt werden, deren eine nicht zur Verurteilung führen würde[1]).

a) So kann z. B. nicht festgestellt werden, dass die Tat am 1. oder 7. Februar begangen sei (ganz abgesehen von der Frage der Identität der Tat, worüber unten), wenn im ersteren Falle Verjährung eingetreten wäre, also Freisprechung erfolgen müsste, im letzteren Falle nicht[2]), oder wenn auf die Tat in letzterem Falle das jetzt geltende Recht, in ersterem nach § 2 Str.-G.-B. das Strafrecht der früheren Begehungszeit anzuwenden wäre (es mag beispielshalber ein Wechsel der Strafgesetze am 2. Februar stattgefunden haben) und das eine oder das andere dieser Rechte die Tat für straffrei erklärt.

b) Ebensowenig, dass sie etwa in Avricourt diesseits oder jenseits der deutsch-französischen Grenze geschehen sei, wenn wir sie im letzteren Falle nach den Regeln des sog. internationalen Strafrechts straflos lassen müssten.

c) Ebensowenig darf sich unter den Alternativen der Feststellung eine finden, welche überhaupt keinen Verbrechensbegriff darstellt[3]). So unnötig diese Bemerkung scheint, so sind doch derartige Feststellungen vorgekommen. So wurden einmal die Geschworenen

---

[1]) So Kries 590 a, Rosenfeld 230 und n. 4 daselbst.

[2]) So Rosenfeld 230 n. 4.

[3]) Kries 590 a.

bez. Raubs nach art. 344 des früheren hessischen Strafgesetzes gefragt, ob die Angeklagte dem X eine Uhr weggenommen habe durch körperliche Gewalt oder durch Drohungen; der Zusatz zu „Drohungen", „gefährliche, mit der Aussicht unverzüglicher Verwirklichung verbundene", wurde im Verweisungsurteil (unserem heutigen Eröffnungsbeschlusse) vergessen, und demzufolge auch in die Frage nicht aufgenommen. Die Geschworenen bejahten die Frage einfach. Eine solche Feststellung ist natürlich nicht genügend, um darauf eine Verurteilung zu stützen. Gleichwohl hat der Assisenhof diesen Ausspruch der Geschworenen nicht beanstandet, sondern daraufhin wegen Raubs verurteilt. Der Darmstädter Cassationshof erkannte jedoch auf „Vernichtung im Interesse des Gesetzes" von Verweisungsurteil, Frage, Wahrspruch und Urteil[1]).

d) Aus gleichem Grunde ist es unmöglich, festzustellen, dass der Angeklagte, welcher die nötige Einsicht bez. der Strafbarkeit (§ 56 Str.-G.-B.) besessen, zur Zeit der Tat über oder unter 12 Jahre alt gewesen sei, weil in letzterem Falle eine strafbare Handlung nicht vorliegt, mag er auch doli capax gewesen sein.

e) Endlich kann man ebensowenig alternativ solche Tatumstände feststellen, von denen das Vorhandensein des Einen zur Bestrafung noch Vorliegen eines Strafantrags, der fehlt, voraussetzte. Einen solchen Fall erzählt *Oppenhoff* „Preussische Gesetze" p. 174/5. Hier lautete die Anklage auf einen zum Nachteil eines Dritten verübten Betrug. Die Instanzrichter stellten fest, dass der Angeklagte sich der betreffenden Handlung zum Nachteile „seines eignen Vaters oder jenes Dritten" schuldig gemacht habe; gleichzeitig ergab sich aus der Feststellung, dass die Handlung, insoweit sie zum Nachteile des Vaters gereichte, den Character der Unterschlagung annahm, welche nach § 229 des preussischen St.-G.-B.'s in Ermanglung des Strafantrags des Vaters am Sohne nicht gestraft werden konnte. Es erfolgte Vernichtung des Urteils.[2])

Und ähnliche Fälle mehr.

II. So wenig aber eine alternative Feststellung möglich, deren eines Glied Freisprechung, deren anderes Verurteilung zur Folge hätte, gerade-

---

[1]) Urteil des hess. Cassationshofs vom 26. 11. 1855, abgedruckt bei Emmerling, „Sammlung etc." Jhrg. 1855 II B., p. 154 ff, insbesondere p. 162/3.

[2]) O.-Tr. II 4. 10. 1855; abgedruckt J.-M.-Bl. p. 369; s. auch G. A. XV p. 461 unter 16.

sowenig eine solche, deren Glieder zwar beide Verurteilung, aber zu ganz verschiedenen Strafen, nach sich ziehen würden, z. B. Verurteilung zu Zuchthaus oder zu Gefängnis, zu Tod oder zu Geldstrafe.[1]) Dem Reichsgerichte lag folgender Fall vor.[2]) Die Frage an die Geschworenen lautete aus § 255 St.-G.-B. auf Erpressung, begangen alternativ „durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.“ Die Geschworenen antworteten: „Ja, es ist aber nicht erwiesen, dass Leib und Leben in Gefahr war.“ Daraufhin verurteilte der Gerichtshof wegen räuberischer Erpressung (§ 255 St.-G.-B.). Das Reichsgericht hob das Urteil auf: der Wahrspruch könne nur so gedeutet werden, dass danach der Angeklagte entweder das Vergehen des § 253 oder das Verbrechen des § 255 St.-G.-B. begangen habe;[3]) eine solche Feststellung aber sei

---

[1]) Wenn eine Alternativität nicht möglich ist, falls die Straffolgen verschieden, so darf man doch nun nicht diesen Satz umkehren und schliessen wollen: falls die Straffolgen gleich, ist alternative Feststellung erlaubt. Dies hängt noch von dem Character der alternativ festzustellenden Tatbestände ab. So Keller § 292 St.-P.-O. n. 2 und Kries 592 γ: „Raub und Notzucht sind Beide mit Zuchthaus bedroht; das ermöglicht natürlich nicht, bei Versuch alternativ das Eine oder das Andere anzunehmen.“ Wenn trotzdem Urteile des französischen Cassationshofs (s. Hélie VIII 142 ff) und des preussischen O.-Tr. (s. Oppenhoff „Preuss. Gesetze“ p. 175), auch des bayrischen Cassationshofs (20 IV. 1866, St. VI 49), anscheinend ausschliesslich hierauf Gewicht legen, so geschieht dies vielleicht weniger aus falscher Meinung, als verführt durch die Möglichkeit einer glatten und bestimmten Formulirung des Grundsatzes. Eine Consequenz, wie alternative Feststellung von Raub- und Notzuchtsversuch, würden sie wohl auch nicht gebilligt haben. Siehe oben § 4.

[2]) E XI 103.

[3]) Dalcke „Fragestellung“ p. 37 n. 30 billigt zwar die in diesem Urteil entwickelten allgemeine Sätze, hält aber ihre Anwendung auf den gegebenen Fall für falsch. „Denn es muss bestritten werden, dass es nach dem Wahrspruche der Geschworenen noch zweifelhaft geblieben sei, welches der beiden Delikte (§ 253 oder § 255) eigentlich festgestellt sei.“ Es folgt nun eine merkwürdige, sprachlich durchaus unzulässige Interpretation des Vorgangs beim Wahrspruch: „Im vorliegenden Falle ist nun zwar der eine erschwerende Umstand, der die einfache Erpressung zu der räuberischen erhebt, nämlich der, dass die Drohungen mit Gefahr für Leib und Seele verbunden gewesen seien, von den Geschworenen verneint worden, dagegen ist die andere Alternative, nämlich der erschwerende Umstand, dass Gewalt gegen eine Person angewandt wurde, bejaht worden.“ Dalcke ist offenbar dem Gedankengang des reichsgerichtlichen Urteils nicht gefolgt. Dieses führt, vollkommen richtig, aus: die Geschworenen haben durch ihr Ja festgestellt, dass entweder Gewalt gegen eine Person vorliege, oder Drohungen,

unstatthaft. Und zwar ist diese Feststellung nicht nur um desswillen unstatthaft, weil die Tatbestände zu verschieden sind, um sie alternativ festzustellen, sondern schon deshalb, weil die Alternativen verschiedene Strafen nötig machen würden, Gefängnis oder Zuchthaus. Das Reichsgericht in seinem Urteile betont allerdings nur den ersteren Standpunkt, doch geht aus anderen Entscheidungen hervor, dass es auch den letzteren Grund als richtig anerkennt.

III. Fraglicher ist die Sache, wenn die aus beiden alternativen Feststellungen folgende Strafart die gleiche und die Strafrahmen sich teilweise decken, so dass in concreto eine Strafe verhängt werden kann, die sich aus beiden Strafgesetzen rechtfertigt; z. B. bei Diebstahl oder Unterschlagung (innerhalb des Rahmens von 1 Tag bis 3 Jahre Gefängnis lässt sich eine Strafverhängung aus beiden Gesetzesparagraphen begründen); oder wenn zweifelhaft ist, ob Angeklagter über 18 Jahre alt war oder aber unter 18, jedoch doli capax; oder wenn in dem Falle oben unter I a) bei zeitlichem Wechsel der Strafgesetze zwar beide Gesetze strafen, aber verschieden schwer. —

Das direkte logische Ergebnis aus der Feststellung eines Verbrechenstatbestandes ist nun nicht — oder doch nur in den seltenen Fällen der absolut bestimmten Strafe — die in concreto zu verhängende Strafe, sondern es ist die blosse Potentialität, der Strafrahmen. Genügt nun, um die alternative Feststellung aus dem obigen Grunde zu verwerfen, die blosse Verschiedenheit in der Potentialität, im Strafrahmen, oder ist erforderlich, dass wirklich die conkrete Decisive, die zu verhängende Strafe, verschieden ausfallen würde? M. E. ist die gegensätzliche Gegenüberstellung dieser beiden möglichen Meinungen falsch, vielmehr decken sich beide. Das Gesetz ist offenbar der Ansicht, dass sich die Verschiedenheit der Rahmen stets auch in der Bestimmung der konkreten Strafe zeigen müsse; dass, wenn ein sonst für die Strafzumessung innerhalb des Rahmens ganz unerhebliches, geringfügiges, Moment beispielsweise die Tat zum Diebstahl oder zur Unterschlagung stempele, und dadurch verschiedene Strafrahmen statuire, die Verschiedenheit des Rahmens ceteris paribus

---

deren Lebensgefährlichkeit jedoch nicht erwiesen sei. Sie haben nicht die Drohung überhaupt verneint sondern nur deren Gefährlichkeit, es bleibt also möglich, dass statt der Gewalt ungefährliche Drohungen angewendet wurden, die unter § 253 fallen.

sich stets auch in der konkreten Strafe ausdrücken müsse. Es wird darum, nach Meinung des Gesetzes, eine Verschiedenheit der Potentialität sich immer in eine solche der endgültigen konkreten Decisive umsetzen; daher eine Ungleichheit der durch die alternativen Glieder der Feststellung bedingten Strafrahmen genügt, um die alternative Feststellung zu vereiteln[1]).

Die Ungleichheit der Folgen, welche eine alternative Feststellung unmöglich macht, kann, wie in der Hauptstrafe, ebenso auch in Nebenstrafen und sonstigen Massregeln liegen. Anscheinend anderer Meinung war das Landgericht Aachen, dessen Urteil das Reichsgericht in E. XXII 214 ff. aufgehoben hat. Es hatte festgestellt, dass der Angeklagte entweder eine nach § 134 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 strafbare Kontrebande oder eine nach § 135 des gleichen Gesetzes strafbare Defraude begangen habe; hatte daraufhin, wie richtig, keine Strafe verhängt, da die Strafe für die eine Tat das Zweifache, für die andere das Vierfache des hinterzogenen Betrages ist, wohl aber die Konfiscation der geschmuggelten Sachen ausgesprochen, oder vielmehr, da sie unausführbar war, gemäss § 155 V. Z. G. die Zahlung einer entsprechenden Geldsumme an deren Statt angeordnet. Das Reichsgericht hat dieses Urteil mit Recht aufgehoben.

IV. Dass die Straffolgen, welche sich an die verschiedenen Alternativen knüpfen, die gleichen sein müssen, soll anders ihre alternative Feststellung überhaupt zulässig sein, ist auch die herrschende Meinung der Litteratur und Judikatur. So z. B. *Oppenhoff* „Preussische Gesetze“[2]) und die dort angeführten Entscheidungen des preussischen Obertribunals; auch *Zacke*[3]). So der französische Kassationshof[4]) und *Gilbert*[5]). Auch *Rosenfeld*, welcher alternative Feststellungen erlaubt, wenn die verschiedenen Glieder der Alternative „im Allgemeinen wie im besonderen Falle rechtlich genau die

---

[1]) Ganz abgesehen davon, dass, wie schon oben in diesem § ausgeführt, die Verschiedenheit der Strafrahmen ein Fingerzeig dafür ist, dass das Gesetz die verschiedenen Tatbestände an sich als inhaltlich ungleichwertig und darum nicht alternativ feststellbar ansieht.

[2]) Art. 31 n. 6 p. 174/5; art. 80 n. 12 p. 384.

[3]) p. 99.

[4]) S. Hélie VIII 142 ff.

[5]) Vgl. das Citat oben in § 4.

[6]) p. 230.

gleiche Bedeutung haben“[6]); und der Verfasser der Note 1 in G. A. XXXX p. 44, hier p. 46, der verlangt, es müssten die alternativ festzustellenden Ausführungsakte „gleichwertig, also mit derselben Strafe bedroht“ sein[1]).

Dagegen will *Rubo* auch solche Tatbestände alternativ feststellen, die verschiedene Straffolgen nach sich ziehen, und will dann die mildere Strafdrohung anwenden. So sagt er[2]): „Wenn . . . festgestellt ist, dass unter mehreren Alternativen jedenfalls Eine vorliegt, so sind diese mehreren Alternativen lediglich solche, rücksichtlich deren für diese einzelne die Möglichkeit des Vorhandenseins dargetan und in Betreff deren der Nachweis geführt ist, dass sie die Gesamtheit der überhaupt nur möglichen Fälle bilden. Es entspricht darum vollständig der Gerechtigkeit, wenn man bei der endgültigen Urteilsfällung, zufolge des tiefbegründeten Satzes: in rebus criminalibus dubiis sententia mitior, die dem Angeklagten am wenigsten nachteilige dieser mehreren Alternativen als vorhanden annimmt. . . Es ist bedeutungslos, ob die alternative Frage die Tatbestände verschiedener Verbrechen betrifft, oder ob sich dieselbe nur auf die verschiedenartige Begehung eines und desselben Verbrechens bezieht.“

Diese Aeusserung ist de lege ferenda eventuell beachtlich: wenn man einmal die heute m. E. bestehende Grenzlinie zulässiger Alternativität positiv rechtlich zu deren Gunsten verschiebt, so zeigt sie, wie die dann entstehende Frage, welche der verschiedenen Strafdrohungen anzuwenden sei, am angemessensten zu lösen sein wird. Allein es ist m. E. auch ohne weiteres klar, dass die Anwendung dieser Regel bei Handhabung unsres heutigen Processrechts ohne jeden gesetzlichen Stützpunkt und reine Willkür wäre, so dass sich eine weitere Widerlegung erübrigt. Uebrigens ist nicht ganz klar, ob *Rubo* den Satz „in rebus criminalibus dubiis sententia mitior“ schon auf die Feststellung des Verbrechens oder erst auf die Strafverhängung anwenden will, ob er nach vorläufiger alternativer Annahme, die aber noch dem Stadium der Ueberlegung an-

[1]) Dieser Gedankengang ist allerdings ein anderer als meiner. Aus der Ungleichheit der Strafe folgert der Verfasser die Ungleichwertigkeit des Tatbestandsinhalts, welche eine alternative Feststellung verbietet. Siehe oben! Auch bei mehreren anderen Schriftstellern ist nicht zu erkennen, ob für sie der Grund zur Verwerfung der hier angegebene ist oder der von mir oben dargelegte. Sie laufen übrigens Beide im Grunde auf das Nämliche hinaus.

[2]) G. A. XIV. 385.

gehört, zu einer endgültigen einfachen Feststellung des minder schweren Verbrechens schreiten will, oder ob er die Verbrechen endgültig alternativ feststellen und erst dann, jene Maxime nur auf die Strafverhängung beziehend, die mildere Strafe anwenden will. Die Willkür ist in beiden Fällen gleich.

Die Unzulässigkeit einer Aushülfe, wie sie *Rubo* vorschlägt, erkennt de lege lata *Wagener*[1]) an, der aber de lege ferenda den gleichen Vorschlag macht, indem er mit Recht darauf hinweist, die Beweisaufnahme habe in praxi oft nur das Ergebnis, der Angeklagte habe sich des einen oder anderen Verbrechens schuldig gemacht, z. B. des Diebstahls oder der Hehlerei (§§ 242/259 St.-G.-B.), des Diebstahls oder der Unterschlagung (§§ 242/246), der Notzucht oder der Verführung (§§ 177/182). Er bemerkt ferner richtig, die Praxis mache sich jene de lege lata verpönte Aushülfe doch oft zu Nutze, nur auf einem Umwege, indem das Gericht, das Beweisergebnis vergewaltigend, das geringere Verbrechen als festgestellt ansehe; ein Ausweg, der m. E. zulässig ist, wenn die beiden Tatbestände sich wie plus und minus zu einander verhalten, der schwerere sich von dem leichteren nur durch Hinzutreten weiterer Tatbestandsmomente unterscheidet (z. B. §§ 242/243 St.-G.-B.). Wenn hier der Zweifel, der eine alternative Feststellung veranlassen will, sich auf das qualificirende Plus bezieht, und sich nicht beheben lässt, so ist es gerechtfertigt, das Minus als festgestellt anzusehen[2]) und danach zu strafen. Anders aber, wenn nicht Plus-Minus, sondern Aliud-Aliud vorliegt. Hier ist der Ausweg, den die Praxis nach *Wagener's* Erfahrung in einem, allerdings begreiflichen, Verlangen, den offenkundigen Verbrecher nicht ungestraft entkommen zu lassen, öfters betritt, nämlich die minder schwere Tat unter Vergewaltigung des Beweisergebnisses als festgestellt anzusehen, immer bedauerlich. Doch kann dies jetzt noch nicht erörtert werden, da es sich hierbei nicht blos um eine Alternativität der Decisive, sondern auch um solche der Feststellung handelt, die später zu betrachten.

Scheinbar in einem Einzelfalle der Ansicht *Rubo's,* doch im Grunde wohl auch der hier vertretenen Meinung ist *Bar*[3]). Ausgehend von der Meinung, dass — nach preussischem Rechte — Bei-

[1]) G. A. XXXXIV 128/9.

[2]) S. unten § 9.

[3]) „Recht" p. 220 ff.

hülfe und Urheberschaft, physische wie intellectuelle, sich nicht durch faktische Momente, sondern nur durch die ethische Wertung der Handlung unterscheiden, erlaubt er eine alternative Frage nach Urheberschaft oder unwesentlicher Beihülfe, falls die Einheitlichkeit der Tat gesichert ist, und die Geschworenen in ihrer Majorität über das Faktum einig sind, damit nicht eine Freisprechung des Verbrechers lediglich deshalb eintrete, weil die Geschworenen die Tat ethisch verschieden werten, die eine als Mittäterschaft, die anderen als Beihülfe. Er will dann auf Grund des milderen Strafgesetzes wegen unwesentlicher Beihülfe strafen, und auch diese als festgestellt ansehen.[1]) — Um zu dem, rebus sic stantibus allerdings richtigen, Resultate der Verurteilung wegen unwesentlicher Beihülfe zu kommen, schlägt *Bar* hier einen falschen Weg ein. Denn jenes m. E. unrichtige Vorgehen ist, wie sich schon aus *Bar's* eignen Ausführungen ergibt, gar nicht nötig, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen. Er formulirt ja auch selbst seine Behauptung dahin, das Urteil stelle fest, „dass, wenn nicht Urheberschaft, doch wenigstens Beihülfe vorliege," und bemerkt richtig,[2]) in einem Richtercollegium würde man in einem solchen Falle auf die Regel recurriren, dass, wenn verschiedene Ansichten obwalten, deren keine die Majorität für sich hat, die dem Angeklagten nachteiligsten Stimmen den ihnen am nächsten kommenden minder nachteiligen so lange hinzuzuzählen seien, bis sich eine Majorität ergebe. Diese Bemerkung ist zwar nicht in ihrer allgemeinen Fassung, wohl aber im vorliegenden Beispiele richtig, denn dieser Fall ist — die materiellrechtliche Meinung *Bar's* über das Verhältnis von Beihülfe und Urheberschaft als richtig vorausgesetzt — geradezu typisch für das oben erwähnte Verhältnis von Plus und Minus. Warum es aber im Geschworenengericht anders machen als bei Berufsrichtern? Wenn in einem Richtercollegium bei gleichem Stimmenverhältnis keine alternative Feststellung erfolgt, sondern eine einfache Verurteilung wegen Beihülfe, müssen wir nicht diese Abstimmungsregel auch auf die Geschworenen anwenden, und ihre Kenntnis, sei es bei ihnen voraussetzen, sei es ihnen verschaffen durch die Rechtsbelehrung? Was *Bar* will, ist nicht durch eine alternative, sondern richtiger durch eine eventuelle Frage nach Beihülfe zu erreichen, für welche

[1]) l. c. p. 222 a. E.
[2]) l. c. 124 n. 142.

nach Verneinung der Hauptfrage auf Täterschaft auch diejenigen stimmen müssen, welche Täterschaft annehmen. Jedenfalls aber liegt in *Bar's* Ausführungen kein Grund, von dem oben aufgestellten Princip abzuweichen.

V. Die entwickelte Regel: Jedes Glied der Alternative muss gleichmässig die einheitliche Entscheidung rechtfertigen — verbietet sie es auch, blosse Strafzumessungsgründe alternativ festzustellen, wenn z. B der eine Strafschärfungsgrund unter den Alternativen die Strafe mehr schärfen würde als der andere, bezw. der eine Strafmilderungsgrund mehr mildern als der andere?

Eine solche alternative Angabe von verschieden schärfenden oder mildernden Strafzumessungsgründen ist m. E. statthaft; die Strafe ist dann nach dem für den Angeklagten günstigsten Zumessungsgrunde auszuwerfen.

Man werfe mir hier nicht Mangel an Folgerichtigkeit vor, indem man mir meine obige Zurückweisung *Rubo's* vorhält. Unter verschiedenen vom Gesetze nach verschiedenen Tatbeständen dargebotenen Strafrahmen den milderen nach erfolgter alternativer Feststellung zu wählen, dazu bedürfte es allerdings einer besonderen gesetzlichen Erlaubnis, die aber fehlt, so dass *Rubo's* Vorschlag der nötigen positiven Grundlage ermangelt. Innerhalb eines gleichbleibenden Strafrahmens und Tatbestands dagegen, nach alternativer Annahme verschieden schwerer Strafzumessungsgründe das „in dubiis sententia mitior" anzuwenden, dazu bedarf ich keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung, da das Gesetz mir überhaupt keine Vorschriften macht, wie sich die Strafzumessung innerhalb des Rahmens zu gestalten habe, da die Annahme und Wertung der Strafzumessungsgründe dem Richter völlig frei in die Hand gegeben ist, und da das „in dubiis etc" der Billigkeit durchaus entspricht, insofern *Rubo* mit Recht es einen „tief begründeten Satz" nennt.

§ 7.

Alternativität der tatsächlichen Feststellung.

In den vielen Fällen, in welchen die Urteilsfeststellung ein „Oder" und gleichbedeutende Worte und Wendungen enthält, auf welche alle der Ausdruck Alternativität angewendet wird, liegen ganz verschiedenartige Erscheinungen vor, die teils nicht gleichmässig

zu behandeln sind oder, wenn doch, so wenigstens nur aus ganz verschiedenen Gründen; so dass diese Erscheinungen kaum mehr mit einander gemein haben als eben die sie alle umfassende Bezeichnung Alternativität und die sprachliche Verwendung des Wortes „Oder“ und ähnlicher Ausdrücke. Es gilt darum, diese hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Alternativität verschiedenen Arten zu unterscheiden und bei einer jeden einzeln die Zulässigkeit der Alternativität zu untersuchen.

I. Ueberhaupt keine sachliche Alternativität der Feststellung liegt vor — und der Gegenstand ist darum von vornherein auszuscheiden — in Fällen der folgenden Art. Der betreffende Tatumstand steht fest; z. B. das gefährliche Werkzeug, womit die Körperverletzung begangen worden, liegt vor, es sieht so und so aus, ich weiss nur nicht, ob ich dies ganz genau körperlich bestimmte Werkzeug „Axt“ oder „Beil“ nennen soll, und stelle darum fest: „mit einem gefährlichen Werkzeug, nämlich einer Axt oder einen Beil“, welche Worte dann so auszulegen sind: „mit einem gefährlichen Werkzeug, nämlich der vorgelegten, so und so aussehenden, Sache, von der ich nicht weiss, ob ich sie Axt oder Beil nennen soll.“ Hier ist von einer sachlich alternativen Feststellung überall nicht die Rede, sondern nur von alternativer, ungewisser, sprachlicher Bezeichnung einer völlig bestimmt feststehenden Sache. Dass dies zulässig, bedarf kaum der Erwähnung. Ein gleicher Fall liegt vor, wenn z. B. ein bestimmter Mensch getötet worden ist, dessen Name oder Persönlichkeit jedoch nur alternativ feststellbar sind. Auch dieser Fall enthält überhaupt keine sachliche Alternativität der Feststellung, — der Angeklagte hat einen bestimmten Menschen, nämlich den, welcher später da und da als Leiche gefunden wurde, und welcher entweder X oder Y ist, ermordet — und ist scharf zu scheiden von dem, wenn entweder der X oder der Y getötet wurde, also eine Alternativität der getöteten Person, eine Alternativität der zu subsumirenden Tatsachen, vorliegt. [1] [2]

Wenn das „Oder“ also — nun allgemein gesprochen — keine sachliche Unbestimmtheit der Feststellung bedeutet, sondern eine sachliche oder sprachliche Ungewissheit der Bezeichnung eines ganz

---

[1] Siehe unten II.

[2] So Tippelskirch G. A. XV 506/7; Bar eod. 571 n. 1.

bestimmten Gegenstandes, so liegt überhaupt keine alternative Feststellung vor. Für Zulässigkeit einer derartigen Alternative ist auch *Tippelskirch* l. c., wonach alternative Feststellungen zulässig sind, wenn sie nur „zur näheren Bezeichnung in concreto feststehender Personen, Sachen oder Handlungen dienen."

II. Ich betrachte nun zunächst die Alternativität in solchen Angaben der Feststellung des tatsächlichen Vorgangs — der propositio minor bei dem Subsumtionsakte — die gar nicht unter Teile der propositio maior, unter abstrakte Tatbestandsmerkmale, subsumirt werden sollen, die vielmehr nur zur weiteren Veranschaulichung oder zur Individualisirung der Tat dienen; z. B. Angabe der Zeit, des Ortes, wann und wo die Tat geschah, etc.

1) Die Strafprocessordnung verlangt in § 266 Specialisirung, d. h. es müssen die Tatsachen angegeben werden, „in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden." Eine Bestimmtheit über diese vom Gesetze selbst bezeichnete Grenze hinaus kann man nicht verlangen. Daraus folgt, dass in allen Nou-Snbsumendis, wie jede andere Art der Unbestimmtheit, so auch die durch Alternativität entstehende hingenommen werden muss.

2) Eine Bestimmtheit der Feststellung über die Subsumenda hinaus, kann, abgesehen von dem Wortlaute des § 266 St.-P.-O., deshalb nicht gefordert werden, weil die Subsumenda allein das juristisch Wesentliche der Feststellung sind, worauf sie sich beschränken kann, und weil ja ohnehin ein „Photographiren" des historischen Faktums[1]) durch die Urteilsfeststellung undenkbar ist, nicht nur der Unzulänglichkeit unsres Erkenntnisvermögens,[2]) sondern selbst schon der unsrer Sprache halber.[3])

3) Uebrigens verengert der alternative Ausdruck den Kreis der Unbestimmtheit selbstverständlich weit mehr, als wenn die be-

---

[1]) Der treffende Ausdruck bei Glaser Erörterungen p. 89 und dorther bei Bar G. A. XV. 572.

[2]) So sagt Loewe § 292 n. 2: „Die Notwendigkeit, alternative Feststellungen zuzulassen, ist in der Natur des historischen Beweises begründet"

[3]) So Bar „Recht" 202: „. . . dass eine wörtliche Beschreibung eines Faktums niemals völlige Genauigkeit gewähren kann"; Glaser, Erörterungen, p. 89: damit die Antwort der Geschworenen gewissermassen eine Photographie der tatsächlichen Momente biete, wäre „notwendig, dass in eine so genaue Beschreibung eingegangen würde, welche bereits die Grenze der Sprachmittel übersteigt."

treffende Angabe ganz fehlte, und umzirkt ihn meist auch genauer als ein etwa stellvertretender genereller Ausdruck, da der alternative, stets neu gefasste Passus dem konkreten Fall angepasst werden kann und dadurch den unter den gegebenen Umständen grösstmöglichen Grad von Bestimmtheit erreicht, während der generelle Ausdruck, stets schon in bestimmtem Sinne von der Sprache geprägt, ausser den Alternativen, die er ersetzen soll, oft noch mehrere andere Möglichkeiten unter sich begreift. Wenn man also die Feststellung „im Jahre 1900", u. s. w. oder eine ähnliche für den Ort der Tat erlaubt, etwa „in der Gemarkung Mainz", was Niemand bestreitet, so muss folglich ebenso zulässig sein: „im Januar oder Februar 1900" etc. Denn diese Alternative ist ja sogar bestimmter als der einheitliche, umfassende Ausdruck. — Die Haltlosigkeit der Gegenmeinung ist übrigens auch drastisch nachzuweisen: lässt sich nicht die Zeitangabe für die Tat: „am 20. Januar 1902" — eine genauere als die Angabe des Tages wird kaum irgend in der Praxis gemacht — auflösen in die weit präcisere Alternative „um 1 oder 2 Uhr dieses Tages" u. s. w., so dass man bei Forderung grösserer Genauigkeit schliesslich bei Minuten und Sekunden anlangen würde?

Der Unterschied der Unbestimmtheit in beiden Fällen, der alternativen und der einheitlich gefassten Angabe, ist also rein quantitativ, und dieses Quantum der Unbestimmtheit ist sogar oft bei der Alternative kleiner. —

Eine selbstverständliche Einschränkung, die eigentlich nicht hierher gehört, will ich trotzdem, Missverständnisse zu vermeiden, ausdrücklich erwähnen. Wie nämlich Non-Subsumenda dennoch, zur Identificirung der Tat, aufzunehmen nötig sein kann, und wie ihr Weglassen die Identität der Tat eventuell gefährdet, so kann auch deren alternative Fassung nach Lage der Umstände die gleiche Gefahr hervorrufen und darum unzulässig sein.[1]) Doch gehört diese Frage nicht hierher (sie hat mit der Lehre von der Alternativität an sich nichts zu tun), sondern in die Lehre von der Identität des

[1]) Ebenso Kries p. 590: „Sie (sc. eine alternative Feststellung) ist . . . unzulässig, wenn die Angaben dadurch so unbestimmt werden, dass nicht mehr ersichtlich ist, welche concrete Tat eigentlich gemeint ist," und Meyer H. H. II. 182: „Es steht . . . fest, dass eine alternative Fassung nicht zulässig ist bei denjenigen concreten Umständen, deren bestimmte Feststellung für die Individualisirung der Tat unumgänglich ist."

Verbrechens, und wird sich übrigens nur von Fall zu Fall entscheiden lassen.

Diese selbe Einschränkung ist auch für die nachfolgenden Ausführungen gültig und im Gedächtnis zu behalten. Von dieser Frage, wieweit Alternativität zulässig, ohne dass dadurch die notwendige Bestimmtheit der Identität der Tat leidet, ist natürlich streng zu scheiden die weiter unten in diesem Paragraphen zu behandelnde Frage, inwieweit die alternative Feststellung mehrerer selbstständiger, bestimmt bezeichneter Taten zulässig sei. Ihr soll durch diese Erörterung nicht vorgegriffen werden.

III. Die nächste Art der Alternativität, die wir betrachten, ist die alternative Feststellung solcher Momente des historischen Vorgangs, welche ein Begriffsmerkmal des gesetzlichen Tatbestands in concreto erfüllen sollen. Auch diese Art der Alternativität, die Alternativität von Subsumendis, ist zulässig. Ich knüpfe an einen Fall an, welcher dem österreichischen Cassationshof vorgelegen hat.[1]) Der Mörder hatte seinem Opfer, einem Kinde, mit einer Hacke mehrere Schläge auf den Kopf versetzt und dann das bewusstlose Kind über einen Zaun in einen Brunnen geschleudert. Die Gerichtsärzte konnten sich nicht darüber einigen, ob dies oder jenes den Tod verursacht habe. (Es muss, um Einwänden zu begegnen, wie *Bar*[2]) richtig bemerkt, der Tatbestand noch dahin ergänzt werden, dass die ganze Lage des Falles und insbesondere der dolus derartig ist, dass eine Ausdeutung als Konkurrenz von Mordversuch und culposer Tötung nicht möglich). Jene Einzelheiten nun, das Schlagen mit der Hacke und das Werfen, sind zweifellos Subsumenda, sie sind die individuellen Tatsachen, in denen sich das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des Tötens concretisirt. Dass ihre alternative Feststellung als Concretisirung der Tötungshandlung zulässig sei, kann man, wie folgt, begründen:

1) Zunächst steht der Wortlaut des § 266 St.-P.-O. dem nicht entgegen: es sollen die für erwiesen erachteten Tatsachen, in denen das Merkmal des „Tötens" gefunden wird, angegeben werden. Dies sind 3 Tatsachen: Tätigkeit, Erfolg und Causalzusammenhang zwischen beiden; im vorliegenden Falle:

[1]) Hye, Schwurgericht 23 ff., Bar, Recht 203, Glaser, Erörterungen 59 und 61.

[2]) Recht 204 n. 113.

1) Schlagen und Werfen,

2) der Tod des Kindes,

3) die Tatsache, dass zwischen notwendig entweder dem Schlagen oder dem Werfen und dem Tode des Kindes ein ursächliches Verhältnis besteht. § 266 verlangt für die „Tatsachen" keine besondere Bestimmtheit, derart etwa, dass nur eine einzige für jeweils ein Tatbestandsmerkmal zur Subsumtion dienen müsse; man darf dies darum auch nicht hineinlegen, umsomehr als die Motive an andrer Stelle[1]) die hier wohl zur Unterstützung herangezogen werden darf, ausdrücklich besagen, man habe in den wissenschaftlichen Streit über Zulässigkeit alternativer Feststellungen nicht eingreifen wollen. Das Wort des Gesetzes kann uns also nicht entgegengehalten werden.

2) Man beruft sich aber vielleicht auf den Gedanken der Feststellung, der jenem § der St.-P.-O. zu Grunde liege, und der dem widerstrebe. Allein diesem Principe der Feststellung sind wie allen anderen im Processe die Gründe, die zu seiner Aufstellung geführt haben, zugleich angeborene Schranken seiner Geltung. Es soll den Angeklagten, wie die Strafrechtspflege selbst, schützen. Es darf darum nicht in einer Weise überspannt werden, dass es, gerade ins Gegenteil umschlagend, die Handhabung der Strafgesetze aufs äusserste erschwert. Die obige Alternative aber bietet einen solchen Grad der Bestimmtheit, dass das Interesse des Angeklagten nicht verletzt werden kann; sie nicht erlauben, aus übertriebener Strenge in den Anforderungen an die Bestimmtheit der Feststellung, macht einen offenbaren Verbrecher straflos.[2])

3) Endlich noch Folgendes! Es ist der Fall denkbar, dass über die Art, wie die Tötung ausgeführt wurde, dem Gericht überhaupt kein Beweismaterial zur Verfügung steht; der Leichnam des Ermordeten ist beispielsweise bei Seite geschafft; die einfache tatsächliche Feststellung, dass Angeklagter den X getötet, wird dann sicher genügen. Dies zeigt, dass auch in den zu subsumirenden Tatsachen der juristisch wesentliche Kern eben nur der im gesetzlichen Tatbestandsmerkmal enthaltene Begriff

---

[1]) p. 172, zu dem jetzigen § 292 Str.-Pr.-O.

[2]) So Viele; z. B. Geyer 748.

ist, und dass man sich mit dessen Feststellung schliesslich begnügen kann. Wie denn überhaupt es eine Grenze gibt, an der tatsächliche Feststellung und rechtliche Subsumtion der Tatsache nicht mehr scharf in Worten getrennt werden können; so insbesondere, wenn das Wort des gesetzlichen Tatbestands zugleich einen festbestimmten, gleichen Sinn auch in der Sprache des gewöhnlichen Lebens hat. In der Angabe, X habe den Y „getötet", enthält das Wort „getötet" zugleich eine faktische Feststellung und deren Subsumtion. Aehnlich ist ein Gedanke von *Kries*'ens[1]) und eine Stelle aus *Glaser*[2]): „Immer mischen sich Abstraktionen in eine zu juristischen Zwecken unternommene Darstellung ein und setzen einen auf verschiedene Arten ausfüllbaren Kreis an die Stelle einer konkreten Angabe." Auch von einer zu subsumirenden Tatsache, der Handlung etwa des Erschiessens oder Erwürgens, ist also nur ein qualitativer Teil, ein Begriffsausschnitt, das Töten, relevant und einer bestimmten, unalternativen Feststellung bedürftig. Wenn es aber erlaubt ist — immer vorausgesetzt, dass man die Identität der Tat nicht dadurch in Zweifel stellt — einfach festzustellen, dass X den Y „getötet", ohne jede nähere Angabe der Art und Weise, wenn also eine so weitgehende Unbestimmtheit — in Wahrheit kann man von Unbestimmtheit nicht reden, da ja über das Wesentliche Bestimmtheit herrscht; also besser Allgemeinheit — der Feststellung zulässig ist, so muss auch eine alternative Feststellung angängig sein, die ja dem gegenüber ein Minus an Ungewissheit ist, da bei alternativer Konkretisirung des Tatbestandsmerkmals der Kreis der Unbestimmtheit der konkreten Tatumstände kleiner ist als bei Weglassen jeder näheren Bestimmung.

Alternativität der zu subsumirenden Tatumstände ist also zulässig.

Wie weiter unten auszuführen, ist dagegen einer Alternativität zweier Taten unerlaubt. Wann die Verschiedenheit zweier Tatumstände nun noch erlaubt, eine Tat anzunehmen, und wann vielmehr zwei Taten vorliegen, ist sonach eine für unser Thema wichtige Frage, die ich jedoch, gerade wie die verwandte, schon oben berührte über die Identität der Tat, dem überlassen muss,

[1]) p. 502 Abs. 2.

[2]) Hdbuch II p. 41.

welcher sich mit dem Thema der Identität, der Einheit der Tat beschäftigt. Streitig geworden ist in dieser Hinsicht in der Litteratur über Alternativität, ob zulässig ist festzustellen, dass der Angeklagte den X oder den Y getötet habe.[1]) *v. Tippelskirch*[2]) und *Geyer*[3]) verneinen, weil dann die Identität der Tat nicht mehr vorhanden wäre, die Frage, und *Bar* meint[4]), bei dem Verbrechen der Tötung sei die individuelle Feststellung des Verbrechensobjectes ein so wesentliches Stück des Beweisfahrens, dass, wenn darüber irgend ein Zweifel obwalte, an die Verurteilung eines Angeklagten nicht gedacht werden könne. M. E. ist diese allgemeine Verneinung unrichtig. Die Frage kann nur von Fall zu Fall entschieden werden; die Verneinung kann richtig sein, wird es sogar in den meisten Fällen. Sie ist es aber m. E. z. B. nicht in folgendem Falle, den *Beling*[5]) konstruirt: 2 Wilderer, A und B, haben, von einander unabhängig, jeder einen Jäger getötet, ohne dass doch klar gelegt werden kann, ob A den X und B den Y, oder aber A den Y und B den X getötet hat. Hier bleibt die Tat des A, mag er den X oder den Y durch seinen Schuss getötet haben, dieselbe; es liegt nur eine Alternativität der zu subsumirenden Tatumstände einer Tat vor, und ich halte mit *Beling* eine alternative Feststellung für erlaubt. Anders auch für diesen speciellen Fall *Bar*[6]), der einwendet, falls man hierüber ungewiss sei, bleibe ebensogut die Möglichkeit, dass ein Schuss beide Jäger getötet, der andere Wilderer dann gar kein Mörder sei. Er schweift hier, wie noch sonst öfter, von der Betrachtung über die theoretische Zulässigkeit einer solchen alternativen Feststellung ab und erörtert statt dessen die Möglichkeit oder vielmehr, wie er meint, Unmöglichkeit des Beweises einer solchen Alternative: eine Frage der Beweisführung, die streng genommen gar nicht hierher gehört, ja im Grunde eine specifisch juristische überall nicht ist.

Eine Alternativität der Subsumenda, wie ich sie oben als

---

[1]) Zu unterscheiden von dem im Anfange dieses § unter I erörterten Falle.
[2]) G. A. XV 506/7.
[3]) p. 749.
[4]) G. A. XV. 571.
[5]) p. 291 n. 12.
[6]) G. A. XV 571.

erlaubt zu erweisen gesucht, hält auch *v. Bar*[1]) dem sich *Zachariae*[2]) vollkommen anschliesst, im Allgemeinen für zulässig. Nur verklausulirt er die Erlaubnis noch damit: die Interessen der Verteidigung des Angeklagten dürften durch die Alternativität nicht verletzt werden, eine Frage, die sich genereller Behandlung entziehe, und nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden könne. So „Recht" p. 202: „Es ist zu prüfen, ob die Verteidigung des Angeklagten eine verschiedene ist, je nachdem der eine oder der andere Tatumstand von der Anklage behauptet wird. Bleibt die Verteidigung dieselbe, so ist daraus klar, dass eine so specielle Fassung der Anklage, wie solche bei der Aufnahme nur eines der beiden fraglichen Tatumstände Platz greifen würde, gar nicht erforderlich ist; die Anklage hat insoweit eine vollständig überflüssige Specialisirung vorgenommen, und diese kann jederzeit als etwas Unwesentliches weggelassen werden." Es spielt in diesen Gedankengang anscheinend, wie aus den folgenden Ausführungen *Bar's*[3]) noch klarer erhellt, die Idee hinein, dass durch die alternative Frage nach einheitlich gefasster Anklage eine der Verteidigung des Angeklagten gefährliche Klagänderung vorgenommen werde. Dies kann allerdings vorkommen, und wenn es vorkäme, fänden die Schutzvorschriften des § 264 St.-P.-O. Anwendung; eventuell wäre die in der alternativen Frage liegende Klagänderung, nicht aber die alternative Frage als solche unzulässig. Auf einen Angriff *Rubo's*[4]) jedoch hält *v. Bar* seine These ganz allgemein aufrecht und behauptet[5]), dass unter Voraussetzung selbst der Einheit der Handlung die Verteidigung des Angeklagten in Bezug auf die verschiedenen Alternativen nicht eine wesentlich verschiedene gewesen sein dürfe.

Ich möchte dies nicht gelten lassen. Zunächst fehlt dieser Einschränkung die Begründung: denn jene obige Folgerung rechtfertigt nur die Unzulässigkeit im Falle einer durch die Alternativität herbeigeführten Klagänderung.

Ferner ist der Alternativität, wo sie dem Angeklagten gefährlich

---

[1]) „Recht" 202 f. und G. A. 474.
[2]) II. 488 n. 16.
[3]) l. c. 202.
[4]) G. A. XIV. 377 ff.
[5]) G. A. XV. 574.

werden könnte, eine gewisse Grenze ja dadurch gezogen, dass, wie oben bemerkt, die Identität der Tat nicht ins Wanken geraten darf, und wie unten zu zeigen, mehrere völlig selbstständige Taten alternativ nicht festgestellt werden können.

Im Uebrigen aber verletzt m. E. die Alternativität berechtigte Interessen der Verteidigung des Angeklagten nicht. Allerdings wird beispielsweise bei einer Anklage, am 11. oder 12. November einen Mord begangen zu haben, durch diese Alternative der Alibi-Beweis dem Angeklagten sehr erschwert. Er ist vielleicht für die beiden Tage ein ganz verschiedener. Oder ein andres Beispiel! Dass der eine der alternativen Tatumstände, a, den gesetzlichen Verbrechensbegriff erfülle, sei unbestritten, sein Vorliegen wird aber in tatsächlicher Hinsicht bekämpft, während falls b vorliegt, dessen rechtliche Subsumirbarkeit von der Verteidigung mit ganz anderen, juristischen, Ausführungen bekämpft werden muss. Allein trotz *v. Bar* vermag ich nicht einzusehen, was die von ganz anderen Gesichtspunkten abhängige Frage der alternativen Feststellung mit der nach der Möglichkeit der Verteidigung zu tun haben soll, und ferner ist die Sache für den Angeklagten auch gar nicht so schlimm. Ich kann hier ein dem obigen ähnliches Beispiel benützen. Je enger begrenzt die Zeit der Tat angegeben wird, desto leichter ist dem Angeklagten der Alibi-Beweis; genau das gleiche Interesse wie an der Reducirung der Alternative „11. oder 12. November" kann also die Verteidigung haben an der Reducirung des „11. November" auf Vor- oder Nachmittag, u. s. w., schliesslich wieder auf Angabe von Minute und Sekunde, und doch wird Niemand ein solches Verlangen gerechtfertigt finden. Der Alibi-Beweis gegenüber der Anklage, am 11. den Mord begangen zu haben, kann übrigens ebenfalls in mehrere, völlig verschiedene Beweise bez. der einzelnen Zeitabschnitte zerfallen, und bei Würdigung der Beweisresultate sieht vielleicht ein Teil der Richter jenen, ein anderer diesen Teil des Beweises als missglückt an; sie kommen dann völlig mit Recht zu dem Schlusse, dass der Alibi-Behauptung des Angeklagten nicht zu glauben sei. Ebenso wenn die Verschiedenheit des Beweises auf der Alternativität beruht!

Je unpräciser übrigens die Angabe der Tatumstände, z. B. die Zeitangabe, desto grösser wird ja auch die Möglichkeit, dass

ein Anderer als der Angeklagte das Verbrechen begangen; wie ihm der Alibi-Beweis erschwert wird, ebenso wird auch dem Ankläger der zwingende Beweis, dass gerade dieser Angeklagte der Täter sei, dadurch schwieriger gemacht.

In dem zweiten der obigen Beispiele ist die Verteidigung gegen die beiden Alternativen sicher „eine wesentlich verschiedene"; warum soll man aber diesen Fall anders behandeln als den, wenn der von der Anklage behauptete, einheitliche Tatumstand a Bedenken in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung unterliegt, die Verteidigung gegen ihn also auch zwei gänzlich verschiedene Richtungen aufweist?

Ein Bedenken hinsichtlich der Abstimmung will ich des Zusammenhangs wegen hier vorweg erörtern. Wenn nach der unten zu beweisenden, richtigen Abstimmungsart bei alternativen Feststellungen für die Alternative „a oder b" beispielsweise

1) 6 Geschworene stimmen, welche a annehmen, da sie die tatsächlichen Bedenken bez. a verwerfen, in rechtlicher Beziehung bez. b dagegen die Meinung der Verteidigung haben;

2) die 6 anderen, die b annehmen, indem sie die rechtlichen Bedenken über die Subsumtion von b verneinen, aber die tatsächlichen Zweifel der Verteidigung bez. a teilen,

wenn so ein verurteilendes Erkenntnis wegen „a oder b" zu Stande kommt, so liegt darin nichts Unzulässiges, denn Einmütigkeit in der Wertung der Beweise und in der Begründung des Erkenntnisses wird von der verurteilenden Mehrheit nicht verlangt, nur Uebereinstimmung in der Entscheidung.

Jene Einschränkung *Bar*'s ist daher teils unnötig, weil selbstverständlich, soweit die Alternativität die Identität der Tat gefährdet, teils nicht hierher gehörig, soweit sie sich auf die in der Alternativität liegende Klagänderung gründet, teils unrichtig, soweit sie hierüber hinausgeht. Sie ist auch von der späteren Litteratur, soviel ich sehe, zwar nicht bekämpft,[1]) aber auch ausser bei *Tippelskirch*[2]) nicht erwähnt und nicht adoptirt worden[3]).

---

[1]) Ausser von Rubo G. A. XIV 390 n. 1 und Meyer H. H. II 183.

[2]) G. A. XV. 453.

[3]) Ausser von Zachariae II 488 n. 16 und Frydmann p. 272/3.

Aehnlich der Meinung *Bar*'s ist die von *Frydmann*[1]): „Selbst wenn die Tat die nämliche bleibt, falls ein Glied der alternativen Kette einem anderen substituirt wird, so folgt aus dem über die Modification der Klage durch den Gerichtshof Gesagten, dass die Verteidigung dadurch gefährdet werden kann, wenn die Verteidigung gegen einen Umstand jene gegen den anderen paralysirt (z. B. die Anschuldigung lautet auf Begehung der Tat an einem gewissen Orte, der Angeklagte führt die exceptio alibi diesem Orte gegenüber durch. Da kommt in der Frage alternativ eine andere Oertlichkeit vor)." Die Einmengung von Gesichtspunkten, die mit unsrem Thema an sich nichts zu tun haben, ist hier so offenbar, dass sich eine Widerlegung dieser Ausführung erübrigt. Die Vorstellung von einer unerlaubten Klagänderung, die wahrscheinlich auch *Bar* vorgeschwebt hat, tritt hier ganz deutlich und unverhüllt auf; das oben Gesagte gilt darum auch hier.

Zu bekämpfen ist ferner eine irrige Meinung *Kellers*. Er verlangt, es dürfen sich die einzelnen Alternativen nicht gegenseitig ausschliessen, da die Bejahung der einen die Verneinung der anderen wäre.[2]) Aber die Tat kann doch immer nur auf eine Weise begangen worden sein, die aufgestellten einzelnen Alternativen schliessen sich darum stets und notwendig gegenseitig aus; die Bejahung der einen ist notwendig Verneinung der anderen. *Keller* erlaubt selbst die Feststellung, dass der Dieb entweder durchs Kellerloch oder durchs Fenster eingestiegen sei; in solchem Falle schliesst die eine Art der Begehung die andere doch ebenfalls aus. Es wird darum ja auch nicht das eine und nicht das andere Glied der Alternative bejaht, sondern eben die Alternative als Ganzes.

IV. Im Resultat, der Zulässigkeit alternativer Feststellung konkreter Tatumstände stimmt hiermit die gesamte neuere Litteratur und Rechtsprechung überein.[3])

---

[1]) „Verteidigung" p. 273 unter 2.

[2]) Str.-Pr.-O. § 292 n. 2. Vgl. noch die ähnliche Meinung in den oben § 3 cit. Entscheidungen des O.-Tr. und bei Oppenhoff „Preuss. Gesetze".

[3]) Ich citire zu diesem Kapitel unbedenklich auch diejenigen Autoren, welche ihre Ausführungen nur über die alternative Frage-, nicht Feststellung machen, da, wie unten zu zeigen, die Zulässigkeit der Alternativität in Urteil und Frage bezw. Wahrspruch völlig gleich ist.

So das Reichsgericht, welches in E XXVI 157 sagt: „Das Princip lässt für alternative Fassung insoweit Raum, als es sich 1) um unwesentliche Modalitäten (Zeit, Raum, Werkzeug etc.) der Verübung . . . handelt.“ Das Reichsgericht — ebensowenig die später citirten Schriftsteller — scheidet hier nicht zwischen den Fällen der Alternativität von Subsumendis und Non-Subsumendis; ähnliche Ausführungen finden sich noch in mehreren Entscheidungen, so E XI 103, XXIII 47, u. a. m.

Gleicher Meinung ist auch *Ullmann* D 510, *Ullmann* Ö 592, *Loewe* § 292 St.-P.-O. n 2, *Ölshausen* § 47 St.-G.-B. n 29, *Kries* 590, *Geyer* 748/9, *Planck* 424, implicite auch *Dalcke* „Fragestellung“ p. 35; ferner *v. Tippelskirch* l. c. 506, *Meyer* in H.-H. II 182, *v. Gessler* Würtembergisches Archiv Bd. IX 22 ff; *v. Bar* „Recht“ 200 ff. und G. A. XV 569 ff.; *Zachariae* II 488 n 16 (abgesehen von der oben erwähnten Einschränkung); *Kroschel* 47.

Keller[1]) erklärt Alternativität für zulässig a) bei unwesentlichen Nebenumständen, z. B. ob der gestohlene Gegenstand dem A oder B gehöre, welche sich um das Eigentum desselben streiten, ob die zweifellos vom Angeklagten ausgeführte Tötung durch einen Wurf oder Schlag erfolgt sei;

b) wenn nicht festgestelit werden könne, welche Alternative vorliege, allein sicher sei, dass eine derselben gegeben. Z. B. hat der Diener die ihm zum Verkauf übergebene Sache oder den Erlös unterschlagen? Ist der Dieb durch das Fenster oder das Kellerloch eingestiegen?

Keller unterscheidet übrigens nicht, ob Alternativität nur des Faktums oder auch zugleich des Tatbestands vorliegt; denn er führt unter b) auch weiter an „Abschneiden oder Ablösen“ (243 St.-G.-B. pos. 4), „Einsteigen oder falsche Schlüssel“ (243 pos. 2 und 3) etc., während er andrerseits die Fälle blos tatsächlicher Alternativität unter a) und b) sehr unsystematisch auseinanderreisst.

Beling[2]) begründet die Zulässigkeit der alternativen Feststellung von konkreten Tatumständen damit, es liege darin nicht eine Alternativität der Entscheidung, die er als unzulässig anerkennt, sondern nur eine — zulässige — Alternativität der Be-

[1]) § 292 Str.-Pr.-O. n. 2.

[2]) p. 291.

gründung. — Da die Feststellung des Verbrechens deklaratorischer Teil der Entscheidung ist, diese Feststellung aber besteht in der Feststellung der Tatsachen und ihrer Subsumtion unter einen Tatbestand, so ist m. E. implicite die Feststellung auch eines einzelnen zu subsumirenden Tatumstands Teil der Entscheidung, nicht der Begründung; wenn sie auch äusserlich in den Urteilsgründen steht und im Tenor nur repräsentirt wird etwa durch die Worte „Der Angeklagte ist schuldig des Diebstahls.“ — Diese Begründung berührt sich übrigens mit der von mir unter III 3) versuchten.

Andrer Meinung bez. der Alternativität von Subsumendis ist *Loewe*[1]), welcher behauptet, konkrete Tatumstände dürften nie alternativ gefasst werden, da die Tat stets nur in einer einzigen bestimmten Weise habe vorgefallen sein können. Dem kann man mit *Meyer*[2]) erwidern, dass dies allerdings richtig, dass es sich aber auch hierum gar nicht handelt, sondern sich nur fragt, wie weit es möglich ist, die Tat im Processe zu ermitteln.

Die früheren Gegner alternativer Feststellungen, wie *Arnold, Mittermaier, Hélie, Trébutien* u. A.[3]), die allerdings alle von der Betrachtung der Geschworenenfrage ausgingen, aber auch solche Autoren, welche alternative Feststellungen in grösserem oder geringerem Masse erlauben, wie *Rubo, Bar, Zachariae, Frydmann* u. A., haben sei es diesen, sei's den später auszuführenden Sätzen gegenüber den Einwand der Gefahr einer Scheinmajorität innerhalb des Gerichts erhoben. Dieser Einwand hat gegenüber der allgemeinen Frage, nach Zulässigkeit alternativer Feststellungen überhaupt, keinen Sinn, da solche Feststellungen ebensogut von einer Einzelperson (Amtsrichter, Polizeibehörde), wie von einem Collegialgericht ausgehen können. Denn der amtsrichterliche Strafbefehl und die polizeiliche Strafverfügung stehen in ihrer Feststellungsfunktion dem Urteile gleich; und im Falle des § 211 II St.-P.-O. hat ja die Entscheidung des Einzelrichters sogar auch Urteilsform. In sehr zahlreichen Strafsachen richtet also eine Einzelperson. Und wenn dies auch nur Bagatellsachen sind, so muss doch das Princip der Feststellung überall das gleiche

[1]) „Preuss. Strafprocess“ p. 305 f.
[2]) H. H. II 182 n. 32.
[3]) S. oben § 4.

bleiben. Wie weit jener Einwand der Scheinmajorität berechtigt ist, soll später geprüft werden[1]); ich hoffe zu zeigen, dass er unbegründet. Aber selbst seine Richtigkeit angenommen, könnte er doch nur dazu führen, bei alternativen Feststellungen im Collegialgerichte besondere Vorsichtsmassregeln gegen die Bildung einer Scheinmajorität zu treffen, wie sie z. B. *Rubo*[2]) vorgeschlagen hat, äusserstenfalls alternative Feststellungen im Collegialgericht, aber auch nur da, zu verbieten. Jedenfalls ist über die principielle, allgemeine Frage mit jenem Einwande gar nichts gesagt.

So auch *Rubo*[3]) der es rügt, dass man bisher die Zulässigkeit alternativer Feststellungen regulirt habe von dem Gesichtspunkte der Abstimmung aus, und der diese Verquickung verschiedener Fragen, die mit einander im Grunde nichts zu tun haben, tadelt: „Es offenbart sich . . ., was wir als den Fehler aller die vorliegende Kontroverse betreffenden wissenschaftlichen Erörterungen bezeichnet haben. Nach Massgabe eines willkürlich angenommenen Formalismus (sc. der Frage und Abstimmung) soll die Frage über die sachliche Zulässigkeit alternativer Fragen entschieden werden, anstatt nach Massgabe des sachlich Notwendigen den Formalismus zu regeln."

Die besonderen Erwägungen, die sich aus der Natur der meisten Gerichte als blos fingirter Einheiten des Willens und Erkennens ergeben, müssen also einstweilen ausser Betracht bleiben. Wir müssen so überlegen, als ob der Urteilende stets wirklich eine einheitliche Person wäre.

V. Die alternative Feststellung mehrerer selbständiger historischer Fakta, auch wenn sie demselben Verbrechensbegriff zu subsumiren sind, halte ich mit der herrschenden Meinung für unzulässig.

Ich knüpfe an einen praktischen Fall an, welcher dem Reichsgericht[4]) vorgelegen hat. In einem Civilprocesse hatte in erster Instanz vor dem Amtsgericht der Angeklagte am 1. März 1892 beschworen, dass er am 1. April 1891 nicht auf den Hund des Gegners geschossen habe; in der Berufungsinstanz dann ferner

---

[1]) S. Kapitel IV.
[2]) G. A. XIV. 377 ff.
[3]) l. c. 388.
[4]) E. XXVI 155 ff.

am 20. Juni 1892, dass er es in den Tagen vor und nach dem 1. April 1891 nicht getan. Es wurde nun nachgewiesen, dass er doch auf den Hund geschossen und wissentlich falsch geschworen hatte, nur war nicht festzustellen, ob er am 1. April oder in den Tagen vor bezw. nach dem 1. April geschossen, ob also der erst- oder der zweitinstanzliche Eid ein Meineid war. Die Staatsanwaltschaft verlangte auf Grund dieser Sachlage Verurteilung, d. h. Stellung einer alternativen Frage; das Reichsgericht verwarf eine solche alternative Frage- und Feststellung. Mit Recht! Zwar das Argument der Gefahr der Scheinmajorität, das von den Verfechtern der Unzulässigkeit solcher Feststellungen hier meist mit besonderem Pathos vorgebracht zu werden pflegt, weshalb ich hier seiner nochmals gedenke, habe ich soeben als augenblicklich gar nicht zur Sache gehörig abgewiesen. Aber die Strafprocessordnung geht, wie alle ihre Vorgängerinnen in deutschen Partikularrechten, aus von der Notwendigkeit einer bestimmten Tat als Gegenstand des Processes, eines ganz bestimmt abgegrenzten, einheitlichen historischen Faktums als konkreter Darstellung des Verbrechensbegriffs. Der Gegenstand des Urteils ist „die an einen bestimmten Vorfall geknüpfte strafrechtliche Verantwortlichkeit eines bestimmten Menschen. Das Urteil hat die Frage zu beantworten, ob dieser bestimmte Mensch sich durch seine Beteiligung an einem bestimmten Vorfall einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe, und welchen strafrechtlichen Character dieselbe an sich trage.“[1]) Dies Princip ist die stillschweigende Voraussetzung aller Bestimmungen, welche die Strafprocessordnung in dieser Hinsicht trifft; wie die Identität der Tat in allen Stadien des Processes, so ist auch die Einheit des historischen Ereignisses, das den Gegenstand des Processes bildet, notwendig. Dies Princip der bestimmten faktischen Feststellung duldet zwar eine gewisse Unbestimmtheit innerhalb des Rahmens eines einheitlichen Vorgangs, nicht aber die Sprengung dieses Rahmens durch alternative Feststellung zweier selbständiger Taten.

Andrer Ansicht ist für das preussische Recht *Oppenhoff*[2]); danach ist eine alternative Fragestellung „bei verschiedenen,

---

[1]) Glaser Hdbch. II p. 4.

[2]) „Preuss. Gesetze“ p. 384/5, art. 80 n. 12.

jedoch mit gleicher Strafe bedrohten Tatbeständen dann statthaft, wenn es dadurch ins Klare gestellt wird, dass eine Beantwortung der Frage, welche von jenen Alternativen vorliege, weder von der Gesamtheit, noch von dem einzelnen abstimmenden Geschworenen verlangt werde, dass es sich vielmehr nur davon handle, festzustellen, dass notwendig einer jener beiden Fälle vorliegen müsse . . .“ und p. 175, art. 31 n. 6: „so ist unter Umständen eine (alternative) Feststellung allerdings für statthaft zu erachten, nur muss die Fassung es ins Klare stellen, dass die Majorität der erkennenden Richter es für erwiesen erachtet habe, dass einer der beiden Tatbestände notwendig vorliegen müsse, und dass im Uebrigen diese Majorität sich darüber, welcher von Beiden anzunehmen sei, gar nicht ausspreche; dagegen würde es nicht genügen, wenn es nach der Fassung zweifelhaft bliebe, ob nicht ein Teil der Richter lediglich die eine, ein andrer Teil lediglich die andre Alternative für erwiesen und jeder die entgegengesetzte für ausgeschlossen erachtet, so dass also überhaupt nicht ersehen werden könnte, ob und welcher Majoritätsbeschluss zu Stande gekommen sei.“[1])

Er sucht also nur die Gefahr der Scheinmajorität abzuwenden, was, wie gesagt, mit der Frage nach Zulässigkeit einer solchen alternativen Feststellung principiell gar nichts zu tun hat. Dass ein ganz andrer Grund noch der Zulässigkeit entgegenstehen könne, das Princip der Notwendigkeit einer bestimmten Feststellung, daran denkt er gar nicht. Es erübrigt sich daher eine Polemik gegen ihn. Uebrigens zieht er sich auch in dem folgenden Satze wieder etwas zurück, indem er sagt, Fälle der ersteren Art seien da nicht leicht denkbar, wo die verschiedenen Alternativen durchaus verschiedene Tatbestände voraussetzen. Man beachte noch, wie die ganze Stelle, sachlich sowohl, als im Ausdruck, unklar wird dadurch, dass er nicht unterscheidet, ob die Alternativität das Faktum oder den gesetzlichen Tatumstand, oder Beides zugleich trifft.

Auch *Rubo*[2]) fasst den Fall alternativer Feststellung zweier

[1]) v. Bar G. A. XV 473 bei n. 3 citirt Oppenhoff 174, 385 als mit seiner und meiner oben ausgeführten Ansicht übereinstimmend; m. E. fälschlich, wie die citirten Stellen dartun.

[2]) G. A. XIV 377 ff.

selbständiger Taten, sogar besonders, ins Auge; aber auch er sucht nur nach Schutzmassregeln gegen die Gefahr der Scheinmajorität, indem er gerade wie *Oppenhoff* nur den Fall im Collegialgericht sich vorstellt. Und ebensowenig wie *Oppenhoff* denkt er daran, welch monströses Gebilde ein solch alternatives Urteil, theoretisch betrachtet, wäre, welche Revolution in allen Regeln des Processrechts ein solcher Process hervorrufen müsste, der zwei alternativ verbundene Taten zum Gegenstand hätte: ich weise nur hin auf die dadurch entstehenden Fragen bezw. der Identität der Tat, der res judicata, der Klagänderung, der Konsumtion des Klagrechts etc.

Dass die alternative Feststellung zweier selbständiger Fakta unzulässig, ist auch, abgesehen von den beiden citirten Autoren, die Meinung der Litteratur.

So *Ullmann* Ö 592 und D 510, ebenso *Loewe* § 292 St.-P.-O. n. 2; *Beling* p 549 n 21; das Reichsgericht in R III 95, E XXVI 155 und mehreren anderen Entscheidungen; der Verfasser der Note 1 in G. A. XXXX p. 44; *Bar* „Recht" 201 und G. A. XV 574; *Zachariae* II 488 n 16; *Dalcke* „Fragestellung" p. 34; *Tippelskirch* G. A. XV 506; *Kroschel* 47/8.

Frydmann[1]) führt aus, die Verteidigung müsse stets ankämpfen gegen alternative Fragen, wenn solche Umstände alternativ verbunden würden, die ihrem Inhalt nach einander nicht substituirt werden könnten, ohne dass die Tat eine andere würde. Das schon oben gerügte unzulässige Hineinmischen fremder Gesichtspunkte in die Begründung der Lösung der Frage nach Alternativität zeigt auch *Frydmann* hier, indem er, diese — richtige — These begründend, fortfährt: „Denn vorerst liegt in einem solchen Falle häufig eine unzulässige Klagänderung vor" — das ist richtig, aber keine Begründung für das Verbot alternativer Fragen an sich; die unzulässige Klagänderung kann ebensowohl in einer einfachen Frage liegen — „sodann fehlt der Verteidigung jede Sicherheit und jede einheitliche Grundlage, wenn sie nicht weiss, gegen welche Anschuldigung sie eigentlich den Angeklagten schützen soll. Die Verteidigung ist hier gleichsam zwischen zwei Stühlen." Letzteres ist nicht richtig; die Verteidigung ist gegen-

[1]) „Verteidigung" 273 sub 1.

über der alternativen Beschuldigung genau in der gleichen Lage, nicht in schlimmerer, als gegen eine, aus gleichen Gliedern bestehende cumulative, die ja doch nicht unzulässig ist.

De lege ferenda wünscht *Wagener*[1]) die Möglichkeit, zwei selbständige Taten alternativ feststellen und daraufhin strafen zu können; de lege lata erkennt er, wie schon oben gesagt, die Unzulässigkeit an, da § 266 St.-P.-O. alternative Feststellungen verbiete.[2]) Wenn er zunächst meint, die relative Strafrechtstheorie, zu der er sich offenbar bekennt, stehe der Zulässigkeit von Alternativen günstiger gegenüber als die „Gerechtigkeitstheorie", so ist dem, obwohl der Gedanke vielleicht im ersten Augenblick etwas Einleuchtendes hat, entschieden zu widersprechen. Solange die „relative" Theorie an dem Verbrechen wenigstens als Anlass, somit immerhin doch als notwendiger Voraussetzung, der Strafe festhält, d. h. solange sie überhaupt noch Strafrechtstheorie sein will, solang ist sie auch der Alternativität nicht günstiger als die „absolute". Das Princip bestimmter Feststellung ist in processualen Ursachen begründet: es entspringt dem Verlangen nach Sicherheit und Gewissheit der Feststellung, auf welche hin der schwerste Eingriff des Staats in das Leben des Einzelnen, die Strafe, gegründet werden soll. Dies Verlangen nach Gewissheit ist das gleiche, mag nun die Straftat Grund oder Anlass, aber doch unerlässlicher Anlass, der Strafe sein.

Ebenso lässt sich die „absolute" geradesogut wie die „relative" Theorie mit einer weiteren Ausdehnung der alternativen Feststellung versöhnen. Denn sind die durch die alternativen Verbrechen verwirkten Strafen gleich schwer, so geschieht ja der materiellen Gerechtigkeit, in diesem philosophischen Sinne, die Sühne verlangt, Genüge durch die Bestrafung. Wenn die alternativ festgestellten Taten verschieden schwere Strafrahmen zur Folge haben und nun das mildere Strafgesetz angewendet wird, wie *Rubo* und auch *Wagener* will, so geschieht bei dieser erweiterten Zulässigkeit der Alternativität der Gerechtigkeit mindestens teilweis, vielleicht völlig, Genüge; sicher jedenfalls mehr, als wenn der offenbare Verbrecher gänzlich freigesprochen wird.

---

[1]) G. A. XXXXIV p. 127—9.

[2]) Ich verweise auf die oben § 6 wiedergegebenen Ausführungen.

Der relativen Theorie kann die Alternativität sogar unbequemer werden. Denn angenommen, sie entnehme den Massstab für die „Gefährlichkeit“ oder „Erziehungsbedürftigkeit“ des Missetäters der verübten Tat — was sie stets wenigstens teilweise tun wird, manchmal wird sogar die Tat der einzige Massstab sein — so kann die durch Alternativität entstehende Unbestimmtheit Zweifel übrig lassen, ob der Täter der „Selection“ oder der „Adaption“, oder in welchem Mass er der „Adaption“ bedürfe. Während man nun aber vom Standpunkte der absoluten Theorie aus sagen kann, dass eine kleine Gefängnisstrafe, nach alternativer Feststellung beispielsweise von § 153 oder § 164 St.-G.-B. wegen falscher Anschuldigung verhängt, für den in Wahrheit vorliegenden Meineid eine, wenn auch nur teilweise, Sühne sei, können die wegen der falschen Anschuldigung verhängten Massregeln der relativen Theorie, die etwa auf „Adaption“ hinzielen, den Massnahmen, die sie bei vorliegendem Meineide treffen würde, etwa der Selection, durchaus widersprechen, also völlig nutzlos sein. — Uebrigens will ich durchaus nicht, den Spiess umdrehend, in den gleichen Fehler wie *Wagener* verfallen, indem ich umgekehrt die „absolute“ Theorie als der Alternativität günstiger hinstelle; ich betone vielmehr nochmals: die Zulässigkeit alternativer Feststellungen ist eine rein praktische processuale Frage, deren Lösung abhängt von zwei einander widerstreitenden Faktoren: einerseits drängt das Interesse an der Bestrafung des Verbrechers dazu, Alternativität in möglichst weitem Masse zuzulassen; andrerseits soll kein Unschuldiger gestraft werden, und man darf sich nicht verhehlen, dass je unbestimmter die Vorstellung ist, die man sich von den näheren Umständen eines Vorgangs macht, um so mehr auch die Gewissheit, dass wenigstens das Eine oder das Andere vorliege, zu einer blos scheinbaren wird. So auch *Bar*[1]): „Es scheint nach *Rubo's* Ansicht nichts im Wege zu stehen, den Angeklagten zu verurteilen, weil er den Diebstahl bei A oder bei B oder bei C u. s. w., aber jedenfalls einen dieser Diebstähle begangen habe, während bei allen Beweisresultaten, wo man über die einzelne Tat nicht völlig gewiss werden kann, die erlangte Gewissheit über die Alternative eine nur scheinbare, und die Möglichkeit

[1]) G. A. XV 574.

immer nahe liegt, dass der Angeklagte keine der fraglichen Handlungen selbst begangen hat, wenn er auch vielleicht indirekt dabei beteiligt ist."[1]) Wenn *Bar* allerdings behauptet, ein solcher Beweis sei stets unerbringlich, eine solche alternative Gewissheit stets nur scheinbar, so ist dies eine blosse Behauptung, eine unerwiesene petitio principii und dazu falsch. Der zu Anfang dieses Abschnitts erzählte Fall widerlegt ihn offenbar. Es ist ein historischer Beweis für die Alternativität zweier Ereignisse sehr wohl denkbar; und es ist in der Tat ein gewisser positiver Eingriff in die Freiheit des Beweisrechts, wenn man eine derartige alternative Feststellung verbietet; der Gesetzgeber bevormundet gewissermassen den Richter durch dies Verbot.

Allein, wenn es sich fragt, ob man de lege ferenda für *Wagener's* Meinung eintreten soll, so muss man sich vergegenwärtigen, dass in der Mehrzahl der Fälle allerdings doch *Bar's* Meinung richtig, dass die scheinbare alternative Gewissheit, zwar nicht immer, wie *Bar* meint, aber oft nur ein starker Verdacht ist, und dass die Neigung, auf einen solchen hin zu verurteilen, durch Zulassen der Alternativität noch verstärkt werden würde. Kann man beispielsweise wegen „Diebstahls oder Hehlerei" verurteilen, so wird, eventuell aus Bequemlichkeit, Richter wie Staatsanwalt eine nähere Aufklärung auch dann unterlassen, wo sie noch möglich wäre. Der zu befürchtende Nachteil liegt also weniger darin, dass zwei Taten, wo es wirklich nicht anders geht, alternativ festgestellt werden, als darin, dass infolge der Möglichkeit der Alternativität gerade in anderen Fällen eine weniger sorgfältige Sachuntersuchung eintrete. Und es besteht mindestens die Gefahr, dass so eine grössere Laxheit in der strafrechtlichen Praxis Platz greife: ein Nachteil in der Regel des Geschäftsgangs, der, wenn er einträte, durch den Vorteil in einigen Fällen — in denen es allerdings sehr wünschenswert wäre, strafen zu können — weitaus nicht aufgewogen würde. Dass diese Befürchtung der Relaxation der Strenge des Beweisrechts nicht ganz unbegründet, zeigt ein Fall in den Entscheidungen des bayrischen O.-L.-G. München.[2]) Es war von einem Acker abgeerntetes, noch nicht

---

[1]) Aehnlich auch Bar „Recht" 219.

[2]) Sammlung von Entscheidungen des O.-L.-G. München, Bd. III p. 38/9.

enthülstes Getreide gestohlen worden; einige Zeit darauf fand man in einem benachbarten Walde drei in der Gegend unbekannte Leute, an verstecktem Ort, die mit dem Enthülsen von Getreide beschäftigt waren; die Menge des gefundenen Getreides war jedoch grösser als die des entwendeten. Weiteres Beweismaterial konnte nicht aufgetrieben werden. Die Staatsanwaltschaft verlangte Verurteilung wegen „Diebstahls oder Hehlerei." Ihre Revision gegen das freisprechende — aus dem von mir entwickelten processualen Grunde freisprechende — Urteil wurde jedoch von dem O.-L.-G. München verworfen.

Auch die Beispiele, die *Wagener* selbst, allerdings nur andeutungsweise, bringt, sind nicht unbedenklich, und über die praktischen Wirkungen der von ihm vorgeschlagenen Massregel scheinen ihm doch auch selbst Bedenken gekommen zu sein, denn er sagt vorbeugend:[1]) „Selbstverständlich müsste auch bei der alternativen Feststellung der einzelnen sich gegenseitig ausschliessenden Tatbestände entsprechend den Vorschriften des § 266 St.-P.-O. verfahren werden. Besondere Bedenken dürften alsdann einer solchen Vorschrift nicht entgegenstehen, da ein genaues Eingehen auf die Tatfrage doch gesichert wäre."

Aehnliche Neigungen, wie hier gezeigt, kann man öfter, besonders in den niederen Instanzen, in „Bagatell"-Sachen, beobachten; und dass das Gesetz ihnen vorbeugt, wenn anch unter einem Opfer an materieller Gerechtigkeit in einzelnen Fällen, ist wünschenswert. Eine weitere Zulässigkeit der Alternativität also, ich will nicht sagen „würde", aber sie könnte jedenfalls zu einer vollkommenen Repristination der Verdachtsstrafe des früheren gemeinen Rechts in modernem Gewande führen. Man wird also auch für künftig mindestens Bedenken tragen, jene Schranke zu beseitigen, wobei ich ganz absehe von den theoretischen Schwierigkeiten, die, wie oben angedeutet, sich zahlreich eröffnen.

§ 8.

Reine Alternativität der Subsumtion.

In den bisher untersuchten Fällen lag die Alternativität stets nur in tatsächlichen Feststellungen, sei es in solchen Teilen der

---

[1]) l. c. 129.

propositio minor, welche auf die propositio major, den Tatbestand, gar keinen Bezug haben (§ 7 unter II), sei es in den zu subsumirenden Teilen des Untersatzes (§ 7 unter III). Stets jedoch war der Obersatz, der Tatbestand, von Alternativität unberührt. Ich wende mich jetzt zu den Fällen, in welchen die Alternativität im Tatbestand auftritt; und zwar kann: I) der Obersatz alternativ sein, während das zu subsumirende Faktum einfach bestimmt ist;[1]) und II) kann einer Alternativität des Untersatzes eine solche des Obersatzes entsprechen.[2])

Da die alternative Feststellung des zu subsumirenden historischen Ereignisses nach der Ausführung sub III des vorigen Paragraphen gestattet ist, so begründet es keinen Unterschied in der Behandlung, ob die Alternativität des anzuwendenden Obersatzes, des Tatbestands, von einer solchen des Faktums begleitet ist oder nicht (letzteres ist der seltenere Fall); in beiden Fällen ist die Zulässigkeit in gleicher Weise nur von der Beschaffenheit der Alternative im Tatbestand abhängig. Es ist darum gerechtfertigt, die beiden Gruppen zugleich zu behandeln, wie denn auch die bisherige Litteratur, — soweit sie nicht den allerdings ja ziemlich seltenen und unpractischen Fall reiner Alternativität der Subsumtion (unter I) ganz übersieht[3]) — meist nicht unterscheidet, sondern nur die beiden grossen Gegensätze kennt: Alternativität, die nur im Faktum, und solche, die im gesetzlichen Tatbestand zum Ausdruck kommt. So *Bar:* „Die Alternative kann sich erstens auf concrete Tatumstände und zweitens auf gesetzliche Merkmale des Verbrechens beziehen.“[4]) Aus den jeweils angeführten Beispielen geht dann hervor, dass unter dem zweiten Teile des Gegensatzes sowohl Fälle reiner Alternativität der Subsumtion, wie auch paralleller

---

[1]) Z. B. weiss ich nicht, ob ich den ganz feststehenden Moment der Tötung bezeichnen soll als „in“ oder „gleich nach der Geburt“ (§ 217 Str.-G.-B.), oder das feststehende Mittel, welches nach § 229 Str.-G.-B. dem Verletzten beigebracht wurde, als „Gift“, oder als einen „anderen Stoff, welcher geeignet ist, die Gesundheit zu zerstören.“

[2]) Z. B. Diebstahl durch Einbruch oder Einsteigen; das eine oder andere gesetzliche Qualifikationsmerkmal ist anzunehmen, je nachdem der Dieb das Eine oder Andere getan hat.

[3]) So anscheinend Loewe § 292 Str.-Pr.-O. n. 2 und mehrere Andere.

[4]) „Recht“ 201; ähnlich Zachariae II 488, Planck 424, Bar in G. A. XV. 574, u. A.

Alternativen in Ober- und Untersatz begriffen werden. Dass die Litteratur meistens den Unterschied, ob die Alternativität im Tatbestand sich auf eine solche der Tatsachen gründet oder nicht, unberührt lässt, kommt auch teilweise wohl daher, dass sie, wie schon bemerkt, an die Fragestellung im Schwurgericht anknüpft, die Geschworenenfrage aber nur die gesetzlichen Merkmale des Tatbestands, nicht die Tatumstände, worin diese gefunden werden, enthält, so dass der Unterschied beider Arten nicht deutlich hervortritt.

Zu I.) Die Zulässigkeit der Gruppe von Fällen unter I, der reinen Alternativität der Subsumtion, die von einer Alternativität im Untersatze nicht begleitet ist, wird bestritten von *v. Kries* und *v. Bar.*

Kries meint: Alternativität in der Anziehung von Gesetzesvorschriften dürfe immer nur darauf gegründet sein, dass tatsächliche Feststellungen alternativ seien, eine blosse Rechtsfrage sei stets bestimmt zu entscheiden. Auch in dem Umfang, in welchem die Heranziehung mehrerer Gesetzesvorschriften zulässig, sei sie stets nur wegen der Unbestimmtheit der Beweisergebnisse statthaft, nicht wegen der Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage; diese letztere sei stets durch Debatte und Abstimmung zu erledigen.[1]) Er geht offenbar von dem Gedanken aus, es entspreche der fingirten juristischen Allwissenheit des Gerichtes nicht, dass es eine rein juristische Entscheidung, wie es die blosse Subsumtion eines einheitlich, bestimmt festgestellten Faktums ist, selbst nur im Detail, im Unwesentlichen, unbestimmt, zweifelhaft, lasse.

Ich kann dem nicht beipflichten. Wo ich nach dem unten, §§ 10 ff, Auszuführenden eine Alternativität des Obersatzes zulasse, der ein alternativer Untersatz parallell geht, — und dies ist nur der Fall, wenn die Verschiedenheit der alternativen Glieder des Tatbestands nur unbedeutend — überall da lässt sich auch zugleich die Unerheblichkeit eines juristisch scharfen Auseinander-

---

[1]) Kries p. 590/1; ähnlich auch Oppenhoff „Preuss. Gesetze“ art. 80 n. 12 (p. 385): „Alternative Feststellungen . . . sind unstatthaft, wenn sich die Alternativen in der Art wechselseitig ausschliessen, dass für den einzelnen abstimmenden Geschworenen ein tatsächlicher Zweifel, welche derselben als vorliegend zu erachten sei, nicht obwalten kann, jeder vielmehr nach seiner Auffassung notwendig zu dieser oder jener Alternative gelangen muss.“

haltens dieser Glieder überhaupt nachweisen, und damit die Zulässigkeit auch einer alternativen reinen Subsumtion. Zum Erweis meiner Meinung muss ich allerdings den späteren Ausführungen etwas vorgreifen, daher die folgenden Zeilen erst nach deren Lesen ganz verständlich sein werden.

1) Zunächst beim Collectivbegriff[1]) hiesse es geradezu den Intentionen des Gesetzes widerstreben, wenn man den einheitlichen Begriff des alternativ ausgedrückten Tatbestandsmerkmals in seine sprachlichen Unterbegriffe spalten wollte! Wenn z. B. in einem Falle des Kindsmords die Richter über die rein juristische Frage, wann die Geburt als vollendet anzusehen ist, zwiespältiger Meinung sind, demgemäss bei völlig einheitlich festgestelltem Faktum die einen sagen wollen, die Tötung sei „in", die anderen, sie sei „gleich nach" der Geburt geschehen, wird da *v. Kries* wirklich die Consequenz der Freisprechung[2]) ziehen wollen? Ich glaube kaum.

2) Gerade so liegt der Fall in alternativen Tatbeständen, wie unten § 12 erörtert, in welchen dem generellen Begriffe speciellere illustrirend beigegeben sind, z. B. § 366 pos. 7 St.-G.-B., Werfen mit „Steinen oder anderen harten Körpern". Es kann zweifelhaft sein, ob ich das konkrete corpus delicti noch als „Stein" bezeichnen kann. Soll man diese „Rechtsfrage" wirklich bestimmt entscheiden müssen?!

3) Endlich ist Alternativität noch möglich da, wo der Gesetzgeber zu erkennen gibt, dass ihm ganz gleichgültig ist, welches der mehreren alternativen, nah verwandten Glieder des Tatbestands vorliegt. Solche Fälle „gleichwertiger Modalitäten des Tatbestands" liegen meist da vor, wo sich eine scharfe juristische Grenzziehung zwischen den einzelnen kumulirten Ausdrücken, die sich teilweise begrifflich decken, teils einander verwandt oder synonym sind, garnicht durchführen lässt. Auch hier liefe es den klaren Absichten des Gesetzes zuwider, wollte man den Richter zwingen zu unterscheiden, wo das Gesetz selbst nicht unterschieden hat und nicht hat unterscheiden wollen. —

---

[1]) S. unten § 11.

[2]) Er vermeidet sie nicht in allen Fällen dadurch, dass er (p. 591 und 450 f.) eine präjudicielle Abstimmung über die Rechtsfrage, deren Resultat die Ueberstimmten bindet, veranstaltet wissen will.

Unrichtig ist auch *Bar's*[1]) Argumentation gegen die Alternativität der blossen Subsumtion. Er führt aus: wenn man die einheitlich, unalternativ, festgestellten Tatsachen alternativ unter verschiedene gesetzliche Tatbestände subsumirt, so heisse das in Wahrheit Lücken des Gesetzes ausfüllen und eine nicht strafbare Tat strafen: durch die alternative Subsumtion werde gezeigt, dass die Tat sich, genau genommen, unter keinen der beiden Tatbestände subsumiren lasse, sondern ein Drittes, den Beiden Verwandtes, darstelle; man subsumire die Tat in solchem Falle unter einen neuen, selbstgemachten Tatbestand. So in „Recht" 204: „Das Gesetz verlangt, dass die Tat — unter ein bestimmtes Strafgesetz subsumirt werden könne: es genügt daher nicht festzustellen, dass dieselbe einem Gebiet anheimfalle, welches mit Bestimmtheit weder dem einen, noch dem anderen Strafgesetz zugehöre. Auf solche ungenügende Feststellung hin eine Strafe verhängen, hiesse nichts anderes, als Lücken des Gesetzes ausfüllen durch einen dem Richter nicht zustehenden Act der Gesetzgebung", und ausführlicher in G. A. XV 574/5 gegenüber einem Angriffe *Rubo's*: „Ein Zweifel darüber, ob eine Tat unter den Begriff des Strafgesetzes A . . . oder B falle, ist überhaupt nur denkbar, wenn beide Strafgesetze einen in gewissen Merkmalen konformen, d. h. einen ähnlichen Tatbestand aufstellen. Wenn ich mich also nicht über das Zutreffen des Tatbestands A und ebensowenig über das Zutreffen des Tatbestandes B bestimmt ausspreche, sondern es unentschieden lasse, ob A oder B zutreffe, und nur sage, jedenfalls treffe A oder B zu, so subsumire ich die Tat bestimmt nur unter einen von mir selbst gemachten Verbrechensbegriff, der die gemeinsamen Merkmale von A und B, nicht aber ihre differirenden . . . trägt, und begnüge mich im Uebrigen mit einer nur annähernden Bestimmung. Das aber ist doch wohl nichts anderes, als ein nur dem Gesetzgeber zu stehendes, für den Urteiler unzulässiges Ausfüllen angeblicher Lücken des Strafgesetzes."

Diese Folgerung ist falsch. Sie missversteht den Vorgang bei alternativer Subsumtion.[2]) Wenn ich — um bei den oben erwähnten Beispielen stehen zu bleiben — zweifelhaft bin über

[1]) G. A. XV 569 ff., insbes. 574/5; und „Recht" 204.

[2]) Gegen Bar auch Rubo G. A. XIV 389/90.

die Abgrenzung der Begriffe „in“ oder „gleich nach der Geburt“ gegen einander, und jenachdem ich zu der einen oder anderen Deutung der inneren Grenze zwischen diesen Worten komme, das eine oder andere feststellen muss, und wenn ich nun, die theoretische, ganz unwichtige Frage der Grenzziehung zwischen den beiden Worten unentschieden lassend, das Faktum alternativ unter die Worte „in oder gleich nach der Geburt“ subsumire, so kann man doch wahrlich nicht behaupten, ich subsumire die Tat unter ein drittes, neues Tatbestandsmoment. Nein, sie fällt sicher unter das eine oder das andere, je nach Ausdeutung der inneren Grenze zwischen beiden Begriffen, ich lasse nur unbestimmt, unter welches. Ich konstruire damit nicht, wie *Bar* behauptet, ein im Gesetz nicht vorhandenes Tatbestandsmerkmal, das aus den Momenten besteht, worin sich die beiden ersten gleichen, unter Weglassen dessen, wodurch sie sich unterscheiden.

Wie bez. einzelner Tatbestandsmerkmale, so kann auch die Subsumtion hinsichtlich ganzer Tatbestände zweifelhaft sein, ohne dass doch deshalb *Bar's* Angriff gerechtfertigt wäre.[1]) So erkennt auch *Kries* (p. 450) an, dass es zahlreiche Fälle gebe, wo höchst zweifelhaft sei, unter welchen von zwei . . . Verbrechensbegriffen die Tat zu subsumiren sei, während doch jedenfalls die Subsumtion unter einen derselben erfolgen müsse. Als Beispiel bringt er die Aneignung der in einem verschlossenen Koffer hinterlegten Sachen seitens des Depositars. Ob hier Diebstahl oder Unterschlagung vorliegt, ist bestritten[2]), eines von beiden ist es aber natürlich jedenfalls, und nicht ein Drittes, Neues! Auch *Tippelskirch*[3]) bemerkt, zuweilen komme es vor, dass eine nach Subject, Object und Handlung identische Tat je nach Verschiedenheit rechtlicher Ansichten nach verschiedenen Strafgesetzen beurteilt werden könne. Er exemplificiert mit dem Streit, ob, wenn sich ein Dienstbote Sachen, die ihm im Hause der Herrschaft von dieser

---

[1]) Zulässig ist indessen eine solche alternative Subsumtion einer Tat unter zwei selbständige Tatbestände nicht; s. darüber unten § 10; hierin hat Bar Recht; aber sie ist doch denkbar und involvirt nicht Schöpfung eines neuen dritten Tatbestands und Subsumtion unter diesen!

[2]) S. Frank § 242 Str.-G.-B. III 6 Abs. 4; E. V 222 ca. Binding Grdr. des Strafrechts II 152.

[3]) G. A. XV 508 unter 6.

zum Gebrauch gegeben worden sind, rechtswidrig aneignet, hierin ein Diebstahl oder eine Unterschlagung zu finden sei. Weitere Beispiele solcher zweifelhafter Subsumtion sind: die Frage, ob Diebstahl oder Betrug vorliege in dem bekannten Falle der rechtswidrigen Erhebung fremder Sparkasseneinlagen, während das entwendete Buch wieder zurückgebracht wird;[1]) Betrug oder Unterschlagung; Raub oder räuberische Erpressung u. s. f.

Ich glaube somit entgegen *v. Bar* gezeigt zu haben, dass eine alternative Subsumtion derselben Tat unter zwei verschiedene Tatbestände, bezw. desselben Tatumstands unter zwei verschiedene Tatbestandsmerkmale etwas an sich Denkbares ist und nicht eine Subsumtion unter einen dritten neuen, aus den beiden ersten amalgamirten Tatbestand oder unter ein drittes Tatbestandsmerkmal bedeutet; und ebenso entgegen *v. Kries*, dass, wo immer nach dem Folgenden eine Parallell-Alternativität zwischen Ober- und Untersatz, Tat und Tatbestand, zulässig ist, auch eine reine Alternativität des Obersatzes erlaubt sein muss.

Zu II.) Dass in der Gruppe II geradesowenig zwei alternative selbständige Taten als Untersatz dienen können, wie wenn es sich nur um Alternativität des Untersatzes handelte, (s. oben § 7 V) wird als selbstverständlich voraufgeschickt. Wie es unzulässig ist, in dem oben erzählten Falle festzustellen, dass von den beiden geleisteten Eiden einer notwendig ein Meineid war, ohne dass man aber anzugeben vermöchte, welcher, ebensowenig kann man feststellen, etwa dass der Angeklagte sich eines Meineids oder einer falschen Anschuldigung schuldig gemacht habe[2]). Ein Fall aus der Praxis legte eine solche alternative Feststellung nahe. X, früher mit Y eng befreundet, jetzt mit ihm völlig zerfallen, zeigte ihn beim Amtsanwalte wegen eines Vergehens an. Das Verfahren wird eingeleitet. In der Hauptverhandlung beschwört jedoch X, der mit Y inzwischen wieder gut Freund geworden ist, das gerade Gegenteil seiner Anzeige. Andre Zeugen oder sonstige Beweismittel waren nicht vorhanden. Man musste Y freisprechen und konnte auch den X, der sich ganz offenbar

---

[1]) S. Frank § 242 Str.-G.-B. VII b.

[2]) Ganz abgesehen davon, dass auch die Straffolgen verschiedene wären; s. § 6 II.

des einen oder anderen Verbrechens, nach § 164 oder 153 St.-G.-B., schuldig gemacht hatte, nicht belangen.

Die Versuchung, alternativ mehre Taten festzustellen, kann sowohl daher rühren, dass, wie in den oben angeführten Beispielen (§§ 164/153, 153/153 St.-G.-B.), zwar beide Taten in ihren äusseren Momenten feststehen, aber nach Lage der Umstände notwendig nur die eine Verbrechen gewesen sein kann, oder daher, dass der Verbrecher, auch rein physisch, nur das eine oder andere getan haben kann; so z. B. wenn der Angeklagte (in dem Falle oben § 7 unter V) im Besitz von Sachen befunden wird, die aus einem Diebstahl herrühren, und ungewiss ist, ob er sie als Dieb oder als Hehler erworben hat. Besonders häufig wird die Versuchung zu alternativer Feststellung bei psychischen Tatbestandsmomenten sein, 1) wegen der häufigen Unbestimmtheit psychischer Regungen selbst, welche eine mehrfache Ausdeutung derselben gestattet, und 2) da die für sie — ausser dem Geständnis — fast einzig mögliche Art des Beweises, der Indicienbeweis, oft eine verschiedene Art des Schlusses erlaubt.

III. Die Unzulässigkeit jeder, wie immer gearteten Alternative in der Feststellung des Tatbestands müssen natürlich diejenigen behaupten, welche überhaupt jede Art von Alternativität verbieten, also die oben (§ 4) citirten *Hélie, Trébutien, Arnold, Mittermaier* (in den früheren Aufsätzen). Es behauptet sie aber ausserdem *Frydmann*[1]): die alternative Verbindung gesetzlicher Merkmale müsse bekämpft werden; denn diese seien Voraussetzungen der Schuld und davon müsse wenigstens eine Voraussetzung zweifellos mit Zweidrittel-Mehrheit bejaht werden. Diese Sicherheit schwinde aber bei einer alternativen Frage; man wisse nicht, ob überhaupt ein Merkmal mit der erforderlichen Mehrheit bejaht, oder ob die Bejahung nicht dadurch entstanden sei, dass ein Teil der Jury ein, dagegen ein andrer ein andres Merkmal bejahen wollte. Daraus folge, dass wenn zum Tatbestand eines Verbrechens das Gesetz eine gewisse Begehungsart verlange, solche im Gesetz bezeichneten Handlungsweisen nicht alternativ verbunden werden könnten.

Dass der hier wieder erhobene Einwand der Scheinmajorität

---

[1]) „Verteidigung“ p. 273/4.

generell nicht berechtigt, ist bereits oben § 7 IV a. E. gesagt; dass er auch im Collegialgericht unstichhaltig, hoffe ich unten (Kapitel IV) zu zeigen. Mit der Begründung der Scheinmajorität, wie sie hier gegeben, müsste *Frydmann* aber auch zum Verbot alternativer Feststellung von Subsumendis kommen; durch seine Beschränkung auf Tatbestandsmerkmale gerät er mit sich selbst in Widerspruch, da er alternative faktische Feststellungen erlaubt. Jene Beschränkung ist also ebenso inkonsequent als unberechtigt.

§ 9.

Scheinbare Alternativität und Ausscheiden nicht-feststellungsbedürftiger Momente des Tatbestandes.

I) Bei der Betrachtung der Alternativität im Tatbestande gilt es zunächst, gerade wie oben in § 7 bez. der faktischen Feststellung, die Fälle auszuscheiden, in welchen trotz des Gebrauchs des „Oder" und entsprechender Wendungen im Gesetz und, dem folgend, in der konkreten Urteilsfeststellung eine sachliche Alternativität des Tatbestandes nicht vorliegt.

1) So z. B. natürlich dann nicht, wenn sich das Strafgesetz selbst bei Formulirung des Tatbestands etwa schon sprachlich incorrecter Weise des „Oder" bedient, wo es „Und" sagen sollte und wollte — *Binding*[1]) bringt als Beispiel für solchen gesetzgeberischen Sprachschnitzer bei den § 355 St.-G.-B.: „Telegraphenbeamte oder (müsste „und" heissen) andere mit der Beaufsichtigung und (müsste „oder" heissen) Bedienung einer Telegraphenanstalt betraute Personen etc" — und die concrete Tatbestandsfeststellung im Urteile dem folgt.

2) Ebensowenig überall da, wo das Wort „Oder" — sprachlich richtig — benutzt wird, um im Tatbestande Merkmale an einander zu reihen, die nicht alternativ, sondern cumulativ vorhanden sein müssen, soll anders der Tatbestand des Verbrechens erfüllt sein. Ein treffliches Beispiel hierfür bietet § 139 St.-G.-B.[2]): „Wer von dem

---

[1]) Normen I 1. Aufl. 109 n. 192 und 193.

[2]) Analog § 13 Spr.-St.-G.; die gleiche Erscheinung auch in § 108 II Str.-G.-B.: „ . . . welcher nicht mit der Sammlung der Zettel . . . oder einer anderen Verrichtung bei dem Wahlgeschäft beauftragt ist."

Vorhaben eines Hochverrats etc Kenntnis erhält und es unterlässt, hiervon der Behörde oder der . . . bedrohten Person . . . Anzeige zu machen, ist . . . zu bestrafen.“ Hier ist die Alternative nur scheinbar.[1]) Soll der Tatbestand des § 139 St.-G.-B. vorliegen, so muss der Täter sowohl den Bedrohten, wie die Behörde ungewarnt gelassen haben. „Nach „Unterlassen“ ist die Wendung mit „Oder“ die einzige, um, was gewollt ist, auszudrücken; wenn man statt dessen „Und“ sagte, so entstünde eventuell ein ganz anderer Sinn, der Paragraph könnte so ausgelegt werden, als sei, wer Kenntnis von dem geplanten Verbrechen erhält, verpflichtet, sowohl der Behörde, als dem Bedrohten Anzeige zu machen, und als mache er sich strafbar schon durch das Unterlassen einer dieser Verpflichtungen.

Tippelskirch[2]) führt aus dem pr. St.-G.-B. noch zwei weitere Beispiele an, die nicht in das R.-St.-G.-B. übergegangen sind, nämlich § 112 pr. St.-G.-B. (Begünstigung einer Desertion: „Wer es unterlässt, davon der Polizeibehörde oder der Militärbehörde . . . Anzeige zu machen“, und § 117 (Vagabondiren): „. . . ohne sich darüber ausweisen zu können, dass er die Mittel zu seinem Unterhalt besitze, oder doch eine Gelegenheit zu demselben aufsuche.“

Das „Oder“ bedeutet in diesen Fällen, in Verbindung mit der in den Worten „unterlässt“ bezw. „ohne beweisen zu können“ liegenden Negation soviel wie „Weder — Noch“.

3) Das Wort „Oder“ vertritt manchmal in gesetzlichen Tatbeständen die Stelle des genaueren, aber schwerfälligeren „Beziehungsweise“, welches ziemlich selten nur verwendet wird, z. B. in § 188 pos. 2 Inval.-Vers.-Ges. Wenn etwa mehrere Zeitwörter aufgezählt worden sind und nun mit „oder“ die jeweils nur zu einem der Verben gehörigen Objecte oder Subjecte angeführt werden. So in § 174 pos. 1 St.-G.-B.: „Lehrer und Erzieher, welche mit ihren minderjährigen Schülern oder Zöglingen unzüchtige Handlungen vornehmen, etc.“ Hier bezieht sich offenbar „Schüler“ auf „Lehrer“, „Zögling“ auf „Erzieher“; die beiden Gruppen „Lehrer — Schüler“ und „Erzieher — Zögling“ sind alternativ zu einander gemeint, nicht aber „Schüler“ allein zu „Zög-

[1]) So auch Tippelskirch G. A. XV 509/10 für den entsprechenden § 39 des pr. Str.-G.-B.

[2]) Tippelskirch l. c. 510.

ling“ allein. Es könnte statt des „Oder“ zwischen „Schüler“ und „Zögling“ auch ein „Und“ stehen; am deutlichsten, in seiner Häufung aber auf die Dauer abschreckend wäre „Beziehungsweise.“

In allen diesen Fällen liegt trotz Verwendung des Wortes „Oder“ und gleichbedeutender Wendungen eine wirkliche Alternativität der Feststellung nicht vor.

II) Nicht Alles, was in dem ein Verbrechen definirenden Paragraphen des St.-G.-B. steht, ist deshalb Tatbestandsmerkmal im eigentlichen Sinne. Dies ist unbestritten; ich verweise nur beispielshalber darauf, dass zweite Bedingungen der Strafbarkeit, ja processuale Bestimmungen etc in Paragraphen eingesprengt sind, die im Uebrigen einen Verbrechensbegriff enthalten. Es ist also an sich kein ungewöhnlicher Fall, dass in einem solchen Paragraphen nicht zum Tatbestand gehörige Elemente, processualer oder materieller Natur, stecken. Es kommt aber auch vor, dass das Gesetz in dem Paragraphen auf den Tatbestand bezügliche Angaben macht, die gleichwohl nicht Tatbestandsmerkmale werden. Ein Beispiel verdeutlicht am besten, was ich meine:

In § 267 St.-G.-B. heisst es: „Wer . . . eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde . . . . verfälscht etc.“ Das „in- oder ausländisch“ setzt dem Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Urkunde“ keinerlei weiteres Moment hinzu; alle öffentlichen Urkunden sind mit logischer Notwendigkeit entweder in- oder ausländische. Die Einteilung in „in- oder ausländische“ ist vollkommen erschöpfend, ihre Glieder zusammengefasst, ergeben wieder den Gesamtbegriff „öffentliche Urkunde“. Welchen Sinn jedoch eine solche Angabe hat, zeigt ein Vergleich des § 267 mit § 113 St.-G.-B. Hier fehlt eine ähnliche Bemerkung; infolge dessen herrscht Streit, ob nur die Autorität inländischer Obrigkeit von unserem Strafgesetz geschützt werde, oder auch die einer ausländischen. Gleichem Streite über § 267 ist durch jenen Zusatz vorgebeugt. Ein künftiges Strafgesetzbuch wird vielleicht, um die heutige Kontroverse über § 113 zu entscheiden, auch dort einen solchen Zusatz machen, welcher dann in gleicher Weise dem Tatbestandsmerkmale des „Beamten“ geradesowenig etwas Neues hinzufügen würde, wie heute dem Merkmale „öffentliche Urkunde“; denn dem nackten Worte „Beamter“ unterfällt ohnehin schon begrifflich auch der ausländische; auch er ist, für unser

logisch-philologisches Denken, an sich Beamter, wenn auch nicht mit obrigkeitlichen Befugnissen über unsre eigne Person.

Der Gesetzgeber wird in solchen Fällen, wie geschildert, gleichsam sein eigner Commentator; indem er den Verbrechenstatbestand niederschreibt, macht er zugleich eine Interlinearglosse zu seinem eignen Tatbestand. Er tut dies, wie das obige Beispiel zeigt, um eine bestehende Kontroverse zu entscheiden, oder um einer künftigen vorzubeugen. Er tut es auch manchmal, weil er etwas aus seiner Rolle fällt, weil er vergisst, dass er eigentlich nur definiren wollte, und statt dessen anschaulich darstellt, schildert, beschreibt.

Macht das Gesetz dergestalt Noten „εἰς ἑαυτόν", so werden diese nicht Tatbestandsmerkmale, sowohl der Intention des Gesetzes nach, wie aus logischer Unmöglichkeit; denn die Worte „öffentliche Urkunde" sagen schon Alles, es ist begrifflich unmöglich, dass „in- oder ausländisch" noch irgend ein gedankliches Moment hinzusetze.

Gerade in diesen Fällen, wo der Gesetzgeber als sein eigner Commentator auftritt, die gar nicht so selten sind und bisher ziemlich wenig beachtet wurden, wird häufig eine sprachlich alternative Wendung gebraucht. Das „in- oder ausländisch" kommt z. B. in gleicher Weise, wie in § 267, noch vor in § 146 St.-G.-B.; siehe ferner § 359 St.-G.-B. „ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht;" § 293: „ . . . wenn dem Wilde nicht mit Schiessgewehr oder Hunden, sondern mit Schlingen etc. nachgestellt . . . wird;" § 339 III „auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Missbrauch;" § 368[10] „wenn auch nicht jagend, so doch zur Jagd ausgerüstet;" § 181 „selbst wenn sie weder gewohnheitsmässig noch aus Eigennutz betrieben wird."

Die gleiche Ausführung kann man auch machen bei der sehr gebräuchlichen[1]) Wendung „ganz oder teilweise." Wenn es z. B. in § 305 St.-G.-B. heisst „wer ein Gebäude . . . ganz oder teilweise zerstört," so wollte man doch nur ausdrücken „Wer ein Gebäude . . . zerstört," und wollte, um Zweifel über die Bedeutung der Worte abzuschneiden den Concessivsatz hinzufügen: „sei es

[1]) §§ 81[3], 81[4], 137, 143, 181 a, 276 II, 305, 311, 353, 364 I und II Str.-G.-B., 239 K. O., 180 J.-V.-G., und öfter.

auch nur teilweise.“ Ebenso in § 224 St.-G.-B.: „Hat die Körperverletzung zur Folge, dass der Verletzte das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen verliert;“ besser: „sei es auch nur auf einem Auge.“ Die Alternative derart durch den Concessivsatz ersetzt, ist es klar, dass dieser kein Tatbestandsmerkmal wäre; folglich aber auch nicht die heutige Wendung „ganz oder teilweise,“ „auf einem oder beiden Augen;“ denn der sprachliche Ausdruck kann an ihrer logischen Bedeutung nichts ändern. — Bez. der Frage, ob das Anstiftungsmittel in § 48 St.-G.-B. ein feststellungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal sei oder nicht,[1]) da in dem Worte „bestimmen,“ als welches eine psychische Causalität verlange, stets auch schon der Begriff eines Causans enthalten sei, s. unten § 12.

Da alle jene Wendungen ein neues Tatbestandsmerkmal nicht enthalten und auch dem, an welches sie sich anschliessen, ein neues, in ihm nicht enthaltenes, gedankliches Moment nicht hinzufügen, kurz, da sie nicht zum Tatbestand gehören, so bedürfen sie überhaupt keiner Feststellung im Urteile. All diese Fälle scheiden darum aus unsrer Betrachtung über die alternative Feststellung des Tatbestandes aus.

III) Endlich ist für Alternativität, wie ich schon oben § 6 im Vorbeigehen bemerkt, kein Platz, wenn sich die festzustellenden Glieder der Alternative zu einander verhalten wie Plus zu Minus. Es wäre hier eine nicht gerechtfertigte Spitzfindigkeit zu sagen, auch in solchen Fällen könne man nicht strafen, nicht auf Grund des leichteren Verbrechens, weil ja mit gleicher Wahrscheinlichkeit das schwerere vorliege, und umgekehrt. Nein, hier ist das einfache Verbrechen erwiesen, das darüber hinausgehende Mehr zweifelhaft, jedenfalls aber nicht erwiesen, darum das Minus als festgestellt anzusehen. Ein solches Verhältnis von Plus und Minus liegt vor zwischen qualificirtem und einfachem Verbrechen, was keiner Erörterung bedarf. Auch zwischen Vollendung und Versuch. Was von Beiden vorliegt, kann praktisch recht wohl zweifelhaft sein, z. B. wenn der Erfolg eingetreten, aber — bei Zweifeln über Kausalität — nicht sicher ist, ob infolge der verbrecherischen Handlung. Gegen eine alternative Feststellung

[1]) So Rubo zu § 48 Str.-G.-B.

von Vollendung und Versuch — meist wird sie schon der verschiedenen Straffolgen wegen unmöglich sein[1]) — ist auch das preussische Obertribunal.[2]) Anders, allerdings nur für einen besonderen Fall, das attentat à la pudeur tenté ou consommé, (art. 331 c. p.) der französische Cassationshof[3]) mit folgender Begründung: „Attendu que cet article prévoit et punit une nature particulière de crime qui n'est pas assujétie aux règles générales qui dominent les cas ordinaires de tentative;

Que, d'après le texte de cet article, la peine est prononcée par une seule et même disposition pour le cas ou le crime aurait été consommé ou tenté;

Attendu, dès lors, qu'une question posée conformément à cette disposition, est régulière et légale, et ne présente d'ailleurs aucune incertitude resultant de l'affirmative, puisqu'il s'agit d'un seul et même fait et d'une simple modification de ce fait qui, aux yeux du législateur et pour cette sorte de crime, devront constituer l'un et l'autre l'attentat prévu par l'article 331 c. p." Diese Entscheidung billigt auch ausnahmsweise *Hélie*, der sonst jeder alternativen Frage abhold ist.[4])

Das gleiche Verhältnis von Plus und Minus liegt vor zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Denn definirt man mit *Binding* den Vorsatz als das bewusste Wollen einer Normwidrigkeit, die Fahrlässigkeit als das unbewusste, so unterscheidet sich eben der Vorsatz von der Fahrlässigkeit nur durch das Hinzutreten eines weiteren Momentes, nämlich des Wissens um die Normwidrigkeit.

Sieht man den Vorsatz an als die Voraussicht des Erfolgs, die Fahrlässigkeit als das Voraussehenmüssen, so nimmt, wer meint, der Verbrecher besass die Voraussicht, implicite auch an, er musste sie besitzen, denn sonst hätte er sie nicht besessen; auch nach dieser Auffassung ist also der Vorsatz nur ein Mehr, nicht ein Anders gegenüber der Fahrlässigkeit.[5]) — Auch die

[1]) S. aber § 80 Str.-G.-B.; und Gesetze wie das frühere preussische Str.-G.-B. und den code pénal, welche den Versuch wie die Vollendung strafen.

[2]) In einem Urteil vom 10. 3. 58, G. A. VI 400 f.; s. auch G. A. XV 458, gebilligt von Zacke p. 102 und Oppenhoff „Preuss. Gesetze" art. 80 n. 12; p. 385; auch Keller § 292 Str.-Pr.-O. n. 2.

[3]) In einem Erkenntnis vom 9. 2. 1837, Sirey récueil 1838 I 902.

[4]) Hélie, Traité VIII 146 a. E.

[5]) So Bar „Recht" p. 142, 145 n. 30.

alternative Feststellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit wird sich meist — wie bei Vollendung und Versuch — schon deshalb verbieten, weil die Straffolgen verschieden. Hiervon aber abgesehen, ist im Zweifel das Minus, nicht die Alternative festzustellen. Anders *Bar* mit der gleichen irrigen Ausführung, wie bez. Mittäterschaft — Beihülfe, die ich oben § 6 zu wiederlegen versucht.[1])

§ 10.

Alternativität mehrerer Tatbestände.

I. Der feststellungsbedürftige Tatbestand, der Obersatz, das anzuwendende Gesetz, worunter das Faktum subsumirt werden soll, ist in mannigfalter Weise alternativ denkbar. Zunächst, ich beginne mit dem extremsten Falle, kann man den Untersatz unter zwei alternativ verbundene, verschiedene, selbständige Tatbestände als Obersatz subsumiren wollen. Dies ist nicht nur dann denkbar, wenn auch der Untersatz alternativ ist, sondern auch bei gleichbleibendem Faktum.[2])[3]) Eine solche alternative Subsumtion unter mehrere ganz selbständige Tatbestände läuft dem Sinn und dem Wortlaut des § 266 St.-P.-O. zuwider, ist darum unzulässig.

1) „Die Gründe müssen das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen." Unter „Strafgesetz" sind nach allgemeiner Ansicht[4]) zu verstehen: die Gesetzesstellen, die Paragraphen, welche den Verbrechensbegriff und das Strafmass enthalten. Es ist klar, dass § 266 III 1 an eine alternative Angabe der zur Anwendung zu bringenden Gesetzesstellen nicht gedacht hat, dass eine solche auch nicht möglich ist; denn von zwei alternativ angegebenen Strafgesetzen ist eben das eine n i c h t zur Anwendung gebracht, und w e l c h e s von den zwei angegebenen angewandt, ist nicht gesagt; es würde ein derartiges Urteil darum den Erfordernissen des § 266 III 1 St.-P.-O. nicht entsprechen.[5])

---

[1]) Gegen eine solche alternative Feststellung auch K e l l e r § 292 Str.-Pr.-O. n. 2.

[2]) S. die in § 8 a. E. angeführten Beispiele.

[3]) Von der Idealkonkurrenz, der er äusserlich ähnelt, ist unser Fall, der auf juristischer Unentschlossenheit beruht, natürlich streng zu scheiden.

[4]) S. z. B. S t e n g l e i n § 266 St.-P.-O. n. 7, R. V 175.

[5]) Dieser Grund schlägt natürlich nur dann durch, wenn die verschiedenen Tatbestände auch in verschiedenen Paragraphen stehen, was durchaus nicht immer der Fall ist.

2) Zum gleichen Resultat gelangt man von § 266 I St.-P.-O. aus. „Die Urteilsgründe müssen die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden.“ Wie nach § 266 III der angezogene Paragraph, so darf nach § 266 I der angewendete Tatbestand nicht in toto alternativ sein. Mit den Worten „der strafbaren Handlung“ (Singularis!) ist ein einheitlicher, bestimmter Tatbestand unzweideutig verlangt.

3) Endlich passt — in einem Falle reiner Subsumtion[1]) — hier allerdings durchaus die Forderung *v. Kriesens*[2]), eine Rechtsfrage sei stets durch Debatte und Abstimmung bestimmt zu erledigen. Eine Rechtsfrage von Bedeutung sicherlich! Und welche wäre bedeutender als die, ob der eine oder der andere, ganz verschiedene Tatbestand vorliegt? Ich habe diese Forderung *Kries'ens* oben nur zurückgewiesen, soweit sie Entscheidung in unwesentlichen Dingen verlangte; eine Unentschiedenheit des Richters aber in solchen Fällen wie hier wäre seiner Stellung allerdings unwürdig.

Es muss also der Verbrechenstatbestand, es müssen „die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung“ (§ 266 I St.-P.-O.), als Ganzes, bestimmt angegeben werden; alternative Subsumtion unter zwei verschiedene Tatbestände ist unerlaubt: eine Parallelerscheinung dazu, dass alternative Feststellung zweier Taten nicht gestattet ist.[3])

Der hier aufgestellten Regel, dass verschiedene Tatbestände nicht alternativ festgestellt werden dürfen, verwandt (jedoch

---

[1]) S. oben § 8.

[2]) S. Kries 590/1; oben § 8.

[3]) So auch Litteratur und Rechtsprechung: das Reichsgericht in E. XII 347 (R. VII 503), R. III 95, E. XI 103/4, XXII 216, XXVI 155 ff, u. ö.; O.-L.-G. München in der „Sammlung von Entscheidungen des O.-L.-G. München“ Bd. III 38/9; Zachariae II 489, v. Bar „Recht“ 204 und G. A. XV 574, v. Tippelskirch G. A. XV 508 unter 6), H. Meyer in H. H. II 179/80, Ullmann D. 510, Ullmann Ö 592/3, Geyer 749, Loewe § 292 St.-P.-O. n. 2, der Verfasser der Note 1 in G. A. XXXX p. 44, hier 46; Dalcke „Fragestellung“ 33/4, Keller § 292 St.-P.-O. n. 2, Beling 291. Ebenso verneint Glaser H. R. L. I 890 die Zulässigkeit alternativer Feststellung zweier Tatbestände (allerdings zugleich noch mehr), indem er sagt, dass juristisch ungleichwertige Annahmen sich nicht unter eine höhere Einheit bringen und darum nicht alternativ feststellen lassen.

nicht völlig gleichbedeutend damit) ist es, wenn *Oetker* in G. A. XXXXVIII 328 ff die Unzulässigkeit einer alternativen Feststellung damit begründet, dass jedes Glied der Alternative den Geschworenen eine andere Subsumtionsaufgabe stelle. Uebrigens ist *Oetkers* Regel auch m. E. auf die speziellen Fälle, von denen er handelt, nicht anwendbar. Ein Beispiel sei folgendes: Die Tat ist begangen alternativ am 1. oder 7. Februar; das Strafgesetz, unter welches sie subsumiert werden soll, hat gewechselt am 2. Februar. Ich setze nun voraus, dass das frühere Strafgesetz nicht das mildere ist, weil sonst gemäss § 2 i. f. St.-G.-B. eine nach § 6 oben unzulässige Verschiedenheit der Straffolgen sich ergäbe. Hier kann man nicht sagen, jedes Glied der Alternative stelle eine andere Subsumtionsaufgabe. Wenn ich annehme, der Angeklagte hat seine Tat am 1. oder 7. Februar begangen, so vollziehe ich eine alternative Subsumtion unter das frühere und das spätere Gesetz zusammen oder unter das spätere Gesetz allein, eine alternative Subsumtion also unter „(a + b) oder b". Dies bedeutet aber keine grössere und keine andere Subsumtionsarbeit, als wenn ich unter (a + b) allein subsumiere, mithin die Subsumtion für das erste Glied der Alternative, den 1. Februar, vornehme und die Tat bestimmt an diesem Tage geschehen sein lasse. Die Subsumtion blos unter das spätere Gesetz, die einzutreten hat, wenn ich als Tag der Tat den 7. Februar annehme, ist dann schon mit vollzogen, sie ist also gar keine neue „andere Subsumtionsaufgabe".

Ganz das Gleiche ist zu sagen in dem zweiten von *Oetker* behandelten Falle, wenn die Tat alternativ im Inland oder im Auslande begangen ist (denkbar z. B. in dem von *Oetker* gebildeten Beispiel eines Verbrechens im Eisenbahnwagen vor oder nach Passieren der Grenze), also zu subsumieren ist entweder unter nur das inländische oder, nach § 4 pos. 3 St.-G.-B., unter das inländische und das ausländische Strafgesetz zusammen. Auch hierbei muss natürlich, wie oben, vorausgesetzt werden, dass die Straffolgen und das anzuwendende Gesetz nicht in beiden Fällen verschieden seien, z. B. nach § 4 pos. 3 Abs. II i. f. St.-G.-B. — Ueber den dritten von *Oetker* behandelten Fall, dass zweifelhaft ist, ob der Angeklagte zur Zeit der Tat Deutscher war oder es erst später geworden ist, siehe unten § 15.

II. Wie steht es nun, wenn sich die verschiedenen alternativen Modalitäten einer Tat beide einem Tatbestande unterordnen lassen — sei es einem völlig einheitlichen, sei es einem Tatbestande, dessen einzelne Glieder in zulässiger Weise alternativ sind — also sowohl die Modalität a der Tat, wie die Modalität b dem Tatbestande c, wenn aber daneben die Modalität a den mit c ideal konkurrirenden Tatbestand d, b den Tatbestand e erfüllt; oder a d erfüllt, b aber keine weitere Idealkonkurrenz veranlasst? Ich setze voraus, dass c sowohl gegenüber d wie gegenüber e das Strafgesetz ist, welches den Strafrahmen abgäbe bei Feststellung der Idealkonkurrenz von c und d bezw. von c und e. Andernfalls ist eine alternative Feststellung natürlich sicher nicht erlaubt. Ein Beispiel hierfür ist § 103 a: es ist m. E. zulässig festzustellen, dass jemand „öffentliche Zeichen der Autorität . . . böswillig weggenommen oder zerstört“ habe; jedoch nicht mehr, falls mit ersterer Alternative § 242, mit letzterer § 303 St.-G.-B. ideal konkurrirt, welche beide gegenüber § 103 a die schwereren Strafen drohen, und daher nach § 73 St.-G.-B. zur Bildung der konkreten Strafe dienen.

Es ist selbstverständlich, dass eine Feststellung „d oder e“ nach dem oben unter I Entwickelten nicht möglich ist. M. E. hindert dies aber nicht die Feststellung der Tat mit den Modalitäten a oder b und deren Subsumtion unter den Tatbestand c. Man wird dann die sonst notwendige Feststellung der ideal konkurrirenden Verbrechenstatbestände weglassen.

Die entgegengesetzte Meinung wird schon durch das unannehmbare Ergebniss, zu dem sie führen würde, widerlegt. Z. B. ein Diebstahl ist begangen durch Einsteigen oder Einbrechen;[1]) mit dem Einbrechen konkurrire ideal Sachbeschädigung[2]) mit dem Einsteigen Hausfriedensbruch[3]). Soll man den Dieb nun nicht wegen schweren Diebstahls strafen dürfen?! Wie, wenn die Alternativität dieser Qualificationsmomente unerlaubt wäre, man doch wegen einfachen Diebstahls strafen könnte, gerade so kann man, wenn deren alternative Feststellung erlaubt ist, wegen

[1]) Ich nehme, beispielshalber, die Zulässigkeit einer solchen Feststellung an; sie ist bestritten; s. unten Anhang.

[2]) Bestritten; s. aber Frank § 243 St.-G.-B. III b Abs. 3; R.-G. E. XV 12.

[3]) Folgerung wie bei Frank l. c.

schweren Diebstahls strafen unter Weglassen der nicht alternativ feststellbaren Idealkonkurrenzen.

Ebenso in einem anderen Falle. Die alternative Feststellung von § 267 und § 269 St.-G.-B. ist zulässig; beide Paragraphen bilden zusammen den einheitlichen Tatbestand der Urkundenfälschung.[1]) Es ist nun möglich, dass mit § 269 ideal Untreue nach § 266 St.-G.-B. konkurrirt, während mit § 267 ein weiteres Verbrechen nicht zusammentrifft. Auch hier kann ich alternativ feststellen: Urkundenfälschung, begangen sei's durch Fälschen, sei's durch falsches Ausfüllen eines anvertrauten Blanketts; von der ideal konkurrirenden Untreue ist zu schweigen.

III. Es ist daran zu erinnern, dass Strafgesetzesparagraph und Tatbestandseinheit nichts weniger als identisch sind, dass vielmehr ein Paragraph manchmal mehrere ganz selbständige Tatbestände enthält[2]), z. B. § 175 St.-G.-B., und umgekehrt ein neuer zweiter Paragraph einem vorhergehenden Tatbestande nur eine Erweiterung unter Wahrung des Rahmens der Tatbestandseinheit zufügen kann, z. B. § 269 St.-G.-B. zu § 266[3]). Es kommt für unsre Zwecke nur auf die Einheit des Tatbestandes an, mag dieser einheitliche Tatbestand auch in mehrere Ziffern oder Paragraphen zerstückt sein[4]); und umgekehrt kann uns die Einheit des Paragraphs nichts helfen, wenn sich darin zwei selbständige Verbrechensbegriffe bergen. Falsch wäre es daher, in missverständlicher Auslegung des Wortes „Strafgesetz" in § 266 III St.-P.-O. strikt als „Strafgesetzbuchsparagraph", Alles darauf abzustellen, ob die Einheit des anzuziehenden Paragraphs gewahrt bleibt. Nur der könnte das verlangen, welcher überhaupt die Existenz eines „Tatbestands" neben dem Strafgesetzesparagraphen leugnet. Jedoch wie die Wissenschaft die legale Systematisirung der Verbrechen durch die Abschnitte des Strafgesetzbuchs umstösst und aus ihrer selbstgefundenen, inneren Zusammengehörigkeit praktische Folgerungen zieht, so darf sie auch die Paragraphen zerstücken und verschmelzen je nach der inneren

---

[1]) S. unten in diesem Paragraphen a. E. und im Anhang.

[2]) Bindings „Mischstrafgesetze"; Normen I § 18, p. 109 ff.

[3]) R. G. IV 13/5/92 G. A. XL 46/47.

[4]) Loewe § 292 St.-P.-O. n. 2; dagegen Rosenfeld 404 n. 19, wohl auch Löwenstein 40/41, der „Einheit des Strafgesetzes" (soll wohl bedeuten: „des Paragraphs") verlangt, Kroschel 48.

Einheit und Zusammengehörigkeit der darin umschriebenen Verbrechen. Die gegnerische Meinung bekämpft auch *Binding*[1]): „Die Gesichtspunkte, auf welche diese Mischtatbestände zurückgeführt werden müssen, sind oft die alleräusserlichsten: eine verwandte Tendenz der Handlung, ihre Begehung durch dieselbe Person, die Uebung, sie im gemeinen Leben neben einander zu nennen, und andere dergleichen Anlässe reichen aus. Der Gesetzgeber entschliesst sich zu diesen Bildungen aus Neigung zur Kürze . . . Die Strafrechtwissenschaft darf deshalb nicht das geringste Bedenken tragen, diese Tatbestände in ihre Elemente auseinanderzulegen . . . Es liegt in Wahrheit nur eine Zusammenziehung mehrerer Strafgesetze vor, denen die gleiche Strafsanktion eignet; der Tatbestand bewahrt nur äusserlich seine Einheit: genauer besehen zerfällt er in eine Summe von Tatbeständen, deren jeder mit eigner Strafdrohung ausgestattet ist."

Wo sich nun die Einheit des Tatbestands über mehrere Paragraphen erstreckt, kann, vorausgesetzt, dass nach den unten zu entwickelnden Grundsätzen eine alternative Subsumtion unter die in den verschiedenen Paragraphen enthaltenen verschiedenen Modalitäten des Tatbestands überhaupt möglich ist, die obige Erörterung (unter I 1) über § 266 III St.-P.-O. sie nicht hindern; eine alternative Angabe des „anzuwendenden Strafgesetzes" ist dann unvermeidlich und darum erlaubt, denn es kann nicht Wille des Gesetzes gewesen sein, etwa materiell Zulässiges durch eine solche Formvorschrift wieder unmöglich zu machen.[2]) Man kann auch wohl sagen, in solchen Fällen sei der Tatbestand als Ganzes erst in den beiden Paragraphen zusammen enthalten, der Tatbestand der Urkundenfälschung z. B. erst in der Vereinigung von § 267 und § 269 St.-G.-B., so dass diese beiden Paragraphen zusammen das „Strafgesetz" im Sinne des § 266 III St.-P.-O. bilden.

Ich führe — ohne erschöpfend sein zu wollen, nur beispiels-

[1]) Normen I p. 109 und n. 191.

[2]) Anders Kries 592 sub δ: „Unzulässig sind unbestimmte Feststellungen, welche sich auf verschiedene Paragraphen beziehen." Ohne weitere Begründung. Doch bin ich nicht sicher, ob es nach der wahren Meinung des Autors nicht besser „Tatbestand" statt „Paragraph" heissen sollte. Wenigstens scheinen mir die angeführten Beispiele darauf hinzudeuten. Anders auch Rosenfeld 404 n. 19, Kroschel 48 und anscheinend Löwenstein p. 80/1.

weise — einige Fälle an, in welchen deutlich zwei selbständige Tatbestände in einem Paragraphen zusammengefasst sind: zunächst fast in jedem Paragraphen, ja fast unter jeder Ziffer des Uebertretungsabschnitts im Strafgesetzbuch; ferner z. B. § 109 Stimmkauf — Verkauf[1]); § 159/60 Verleitung zu falschem Eid oder falscher eidesstattlicher Versicherung; § 166 Gotteslästerung — Kirchenbeschimpfung; § 187 Kreditgefährdung — Verleumdung; § 236 Entführung zur Unzucht — zur Ehe;[2]) § 257 echte — unechte Begründung;[3]) u. s. w.

Der umgekehrte Fall, dass ein Tatbestand sich über mehrere Paragraphen verbreitet, ist nicht so häufig, es fehlt ja auch dazu das Motiv, das den Gesetzgeber zu der Zusammenziehung veranlasst, das Streben nach Kürze. Ausser dem angeführten Falle von §§ 267/269 St.-G.-B. wäre etwa noch zu erwähnen §§ 249/252, wenn man § 252 nicht, wie die herrschende Meinung, als qualificirten Fall des Diebstahls, sondern als echten Raub ansieht. So ist ferner § 311 nur eine Erweiterung der vorhergehenden Brandstiftungsparagraphen innerhalb des gleichen Tatbestands, § 149 eine Erweiterung von §§ 146—148, 155 von 153/4; u. s. f.

In den Fällen der ersteren Art ist, wie gesagt, alternative Feststellung trotz der Vereinigung in einem Paragraphen nicht möglich, schon der Verschiedenheit der Tatbestände halber, ganz abgesehen davon, das manchmal, beispielsweise in § 159 St.-G.-B., auch die Straffolgen verschieden wären.[4]) Umgekehrt hindert in den Fällen der letzteren Art die Zerreissung in mehrere Paragraphen weder die Einheit des Tatbestands, noch die Möglichkeit alternativer Feststellung.

---

[1]) Binding Normen I p. 109, Freudenthal „Wahlbestechung“ 40/1; anders Freudenthal „Notwendige Teilnahme“ 31/2, 33, 53: „Begegnungsdelict“, ein einheitlicher tatbestandsmässiger Gesammterfolg, der Kaufvertrag über die Wahlstimme, einheitliches Verbrechen des Stimmkaufs.

[2]) So Olshausen n. 6; ca. Binding Normen II p. 602 n. 895 (der Zweck sei nur Strafbarkeitsmerkmal).

[3]) Binding Normen II 570: das eine ist ein Verbrechen gegen die Rechtspflege, das andere gegen das Eigentum. Gegen die alternative Feststellung auch Olshausen n. 37, Kries 591; anders R.-G. I 26/9/81 E V 23, das diese Alternative in einer Geschwornenfrage ungerügt passiren lässt.

[4]) S. oben § 6.

§ 11.

Collectivbegriff.

Von der Betrachtung der Verbindung zweier selbständiger Tatbestände im Obersatz wende ich mich zu dem entgegengesetzten Extrem, dem Falle nämlich, dass die Alternative im gesetzlichen Tatbestande nur ein sprachlicher Ausdruck ist für einen einheitlichen Begriff. Er bildet ein ungefähres Gegenstück zu dem oben § 7 I gestreiften Falle, dass bei Beschreibung des Faktums ein völlig einheitlich feststehendes tatsächliches Moment durch eine alternative Phrase umschrieben wird. Wir haben also einen durch mehrere alternative Ausdrücke gebildeten Collectivbegriff, ein juristisches Hendiadyoin. Es ist dabei zu beachten, dass der Collectivbegriff gebildet ist durch Cumulation der durch die einzelnen Ausdrücke bezeichneten Einzelbegriffe, während die Sprache des Gesetzes als Ausdruck für den Collectivbegriff eine alternative Verbindung der Worte wählt; natürlich, da ja das Vorliegen eines der Unterbegriffe genügt, um den Collectivbegriff in concreto zu realisiren.

Der Gedanke, zur Lösung der Frage nach Zulässigkeit der Alternativität im Tatbestande den „Collectivbegriff" zu benützen, ist oft ausgesprochen worden. Doch hat man manchmal den Begriff allzusehr erweitert, und ihn dadurch praktischer Brauchbarkeit beraubt. Fasst doch *Zacke*[1]) sogar die verschiedenen Qualificationsgründe des Diebstahls zu einem „einheitlichen Collectivbegriff" zusammen! Damit kann man dann natürlich nichts mehr anfangen[2]).

Mit dem Worte „Collectivbegriff" allein, wie z. B. *Zacke* will, ist der Frage nach Zulässigkeit der Alternativität innerhalb eines einheitlichen Tatbestands nicht beizukommen. Wohl aber kann uns dieser Begriff, gerade wenn wir ihn streng fassen, einen Teil der Erscheinungen in unserem Gebiet erklären. Wenn wir ihn streng fassen! Ich habe auch das Wort „juristisches Hendiadyoin" gebraucht; es zeigt deutlich, worauf ich den Ausdruck „Collectivbegriff" beschränken möchte: auf den Fall, dass das

---

[1]) „Fragestellung" p. 99.

[2]) Für das konkrete Beispiel auch Beling 291: Der „schwere Diebstahl" ist kein einheitlicher Begriff.

Gesetz sich der mehreren, alternativ verbundenen Worte bedient als rein sprachlicher Ausdrucksweise für einen einheitlichen Begriff. Dies kann sprachlich notwendig sein, sei's weil gar kein dem Begriff adäquates Wort existirt, sei's weil das existirende auch noch andere Bedeutungen hat (doppeldeutig ist) oder weil es doch im Sprachgebrauche nicht so ganz feststeht, als für die Gesetzessprache erforderlich ist; manchmal empfiehlt es sich auch, weil der Ersatz durch eine begrifflich allgemeine Fassung „eine von dem volkstümlichen Sprachgebrauche so stark abweichende, abstrakte Redeweise veranlassen würde", dass der Vorteil einer populären Gesetzesfassung überwiegt.[1]) *H. Meyer* macht z. B. darauf aufmerksam, dass es geradezu sonderbar wäre, wenn das Gesetz sich statt „sich oder einem Dritten" des Ausdrucks „einem menschlichen Wesen" oder dergleichen bedienen wollte, und dass selbst die Ersetzung des „Täter oder Teilnehmer" in einer auf die schwurgerichtliche Anwendung berechneten Gesetzessprache ihre Schwierigkeit haben könnte.[2])

Für Bestimmtheit oder Alternativität des Tatbestandes kommt es, gerade wie oben in § 7 I für die Feststellung tatsächlicher Momente ausgeführt wurde, nicht auf den sprachlichen Ausdruck an, sondern auf den zu Grunde liegenden Begriff. Der ist in unserem Falle des juristischen Hendiadyoin einheitlich, nicht alternativ. Die Subsumtion unter einen solchen Obersatz ist also gestattet, denn sie lässt an Bestimmtheit nicht das geringste zu wünschen übrig.

Ein gutes Beispiel für einen Collectivbegriff bietet § 217 St.-G.-B. (§ 180 Pr. St.-G.-B.) „in oder gleich nach der Geburt"[3]). Den Vorteil einer alternativen Ausdrucksweise für einen einheitlichen Begriff zeigt gerade auch dies Beispiel im Vergleich mit der entsprechenden Stelle des früheren östreichischen Strafgesetzbuchs. Dort heisst es: „bei der Geburt". Man kann statt der beiden Präpositionen „in oder gleich nach" die eine, „bei", setzen (nebenbei ein schlagender Beweis für die Einheitlichkeit des zu

---

[1]) So H. Meyer H. H. d. St.-P.-R. II 181/2.

[2]) Meyer l. c. 181 n. 30.

[3]) So Glaser Erörterungen 64/65, Ullmann D. 510 n. 2, Ö. 591 n. 2, Zacke 99, Keller § 292 St.-P.-O. n. 2 unter d.), Mittermaier Erfahrungen 490 n. 145 u. A.

Grunde liegenden Begriffs), aber es zeigt sich auch, um wie viel anschaulicher und unmissverständlicher die alternative Ausdrucksweise des Reichsstrafgesetzbuchs ist. Ein andres Beispiel bietet das oft wiederkehrende „sich oder einem Dritten", „sich oder einem Anderen".[1]) *Meyer* glaubt es[2]) wiedergeben zu können durch „einem menschlichen Wesen." Für § 263 z. B. stimmt dies nicht; denn der Dritte kann auch eine juristische Person sein[3]). Dies zeigt übrigens, wie schwierig es ist, für den Collectivbegriff einen einheitlichen Ausdruck zu finden, selbst wenn man über dessen Sonderbarkeit wegsehen wollte.

Die dargestellte Ansicht über die Berechtigung des Begriffs „Collectivbegriff" und die Zulässigkeit solcher alternativer Feststellung wird von der Litteratur und Rechtsprechung geteilt.

So rechtfertigt das Reichsgericht[4]) die Zulassung alternativer Feststellungen generell damit: „Das Gesetz bedient sich gewissermassen für das eine Merkmal eines Collectivausdrucks, weil es mit einem einheitlichen Ausdruck dasselbe nicht zutreffend bezeichnen kann". So ferner das Obertribunal in mehreren oben § 4 citirten Entscheidungen, *Ullmann*[5]), *v. Tippelskirch*[6]), *Zacke*[7]), *Dalcke*[8]).

Teilweise gehen die verschiednen Formulirungen in schwankenden Nuancen über die von mir hier versuchte Grenzziehung wohl mehr oder minder hinaus; sind auch an verschiedenen Stellen des gleichen Autors nicht ganz gleich. So *Bar* „Recht" 206: „Das Gesetz kann unter einer alternativen Bezeichnung nur einen und denselben Tatbestand begreifen, wenn nach Ansicht des Gesetzgebers eine hinreichend umfassende und der Missdeutung nicht ausgesetzte sprachliche Bezeichung für das, was mit Strafe bedroht werden soll, nicht vorhanden ist . . . . Dem aus solcher verschiedenen rein sprachlichen Auffassungsweise

[1]) Z. B. St.-G.-B. §§ 263, 268, 272, 349 etc.; Dalcke 37, Thilo § 292 St.-P.-O. n. 2, E XXIX 35, Olshausen § 263 n. 48 I, Oppenhoff § 263 n. 9.

[2]) S. oben p. 86 n. 1.

[3]) Olshausen § 263 St.-G.-B. n. 48 Abs. 2.

[4]) III 29 1/91; G. A. XXXIX 61.

[5]) D. 510, Ö. 590/91.

[6]) G. A. XV 506.

[7]) 98/9.

[8]) „Fragestellung" 35.

hervorgehenden Uebelstand hat das Gesetz durch die disjunctive Fassung vorbeugen wollen", gegenüber der weiteren Fassung in G. A. XV 575: Alternativen seien zulässig, wenn das Gesetz zur Qualificirung einer und derselben Tat sich verschiedener, offenbar sinnverwandter Ausdrücke bediene. Die letztere Ausdrucksweise deckt sich schon fast mit dem, was *Kries* sagt, der den Collectivbegriff gar nicht speciell erwähnt, sondern ganz allgemein alle zulässigen Alternativen im Tatbestande rechtfertigt durch die Formel „ganz nah verwandte, in einander übergehende Begriffe"[1]). Ebenso *Glaser* Erörterungen 64: Alternativen sind zulässig, „wo die Vereinigung unter einen gemeinsamen Ausdruck oder doch unter einer gemeinsamen Vorstellung zulässig erscheint und das Wort „Oder" nicht sowohl trennt, als verbindet", gegenüber der Wendung in H. R. L. I 890, wo einfach die Rede ist von „juristisch gleich berechtigten Möglichkeiten."

Weiter ist auch die Fassung von *Zachariae*[2]): eine alternative Frage müsse in Betreff gesetzlicher Merkmale da zugelassen werden, wo das Gesetz selbst in alternativer Fassung zur entsprechenden Bezeichnung eines und desselben Tatbestands verschiedene Ausdrücke aneinanderreihe; interpretirt man hier „Tatbestand" als „Tatbestandsmoment," was nicht unmöglich ist, so ist auch diese Stelle als den „Collectivbegriff" verwertend aufzufassen; wenn nicht, so billigt sie jedenfalls auch unser Resultat, allerdings zugleich noch mehr.

Endlich noch *Meyer*[3]): „Es sind Fälle zu beobachten, in denen es . . . in Sinne des Gesetzes liegt, sich mit der Feststellung der Alternative als solcher zu begnügen. Es sind dies Fälle, in denen an sich die der Alternative zu Grund liegende allgemeinere Vorstellung vollkommen genügt, um dem, was das Gesetz anordnen will, zu entsprechen, in denen das Gesetz es aber vorgezogen hat, oder sich genötigt sah, statt eines dieser allgemeineren Vorstellung entsprechenden Ausdrucks sich jener alternativen Wendung zu bedienen." Auch diese Aeusserung umfasst mehr als den engen „Collectivbegriff", wie ich ihn oben eingeschränkt

---

[1]) p. 591 sub α.
[2]) II 489.
[3]) H. H. des St.-P.-R. II 180/1.

habe. Wenn er z. B.[1]) Einsteigen, Einbrechen, Erbrechen von Behältnissen und Gebrauch von Nachschlüsseln auf Grund dieser These alternativ festzustellen erlaubt, weil es im Sinne des Gesetzes nicht auf die einzelnen dieser Umstände, sondern nur auf den ihnen zu Grunde liegenden allgemeineren Begriff ankomme, nämlich den Begriff „des rechtswidrigen Gelangens an die Sache," so ist diese „zu Grunde liegende allgemeinere Vorstellung" *Meyers* ersichtlich nicht identisch mit unserem „Collectivbegriff."

§ 12.

Generalklausel.

Dem Collectivbegriff verwandt ist eine andere Erscheinung, die in vielen Tatbeständen aufstösst: nämlich die beispielsweise Aufzählung mehrerer gleichwertiger Modalitäten, durch welche sich ein Tatbestandsmoment realisiren kann, die mit einer Generalklausel abschliesst, welche auch die vorhergegangenen Einzelbegriffe unter sich fasst, so dass diese eben nur als eine beispielsweise Veranschaulichung des folgenden allgemeineren, sie umfassenden Ausdrucks dienen. Der folgende umfassende Ausdruck ist oft aber an sich ganz oder teilweise inhaltsleer oder näherer Bestimmung bedürftig, und empfängt seine Prägung durch die voraufgehenden speciellen Beispiele (so in §§ 302, 367[9] St.-G.-B.). Die vom Gesetz verwendeten Ausdrücke sind „oder durch andere Mittel", „oder sonst", „oder in ähnlicher Weise", „oder einen sonstigen Gegenstand" etc. Manchmal endlich werden auch Generale und Speciale nebeneinander gestellt, ohne dass dies Verhältnis weiter angedeutet würde, so dass es nur aus der Bedeutung der gebrauchten Worte geschlossen werden kann, so in § 127 St.-G.-B. „Waffen oder (fehlt „sonstige") Kriegsbedürfnisse", in § 324 St.-G.-B., der das „Gift oder andere Stoffe etc." des § 229 in Zeitwörter umsetzt, nur den in „andere" liegenden Hinweis auf die Generalisirung vergisst.

Die Erscheinung ist, wie gesagt, dem Collectivbegriff insofern verwandt, als hier wie dort das massgebende Tatbestandsmoment, welches auf diese besondere Art, durch Alternativen, zum Ausdruck gebracht wird, ein einheitlicher Begriff ist. Ja in dem

[1]) l. c. 180 n. 26.

Falle der exemplifikativen Aufzählung mit abschliessender Generalklausel ist die Einheit des Begriffs sogar noch deutlicher, auch sprachlich, hervortretend, eben in dem allgemeinen, alles Vorhergehende umfassenden Schlussworte, als beim Collectivbegriff. Besonders deutlich wird dies dann, wenn die beispielsweise Aufzählung oder das speciellere Wort nicht der Generalklausel oder dem allgemeineren Worte voraufgeht, sondern als Apposition dem Hauptbegriffe folgt. So hebt das Gesetz in § 223a innerhalb des umfassenden Begriffs „Waffe", der durch die Apposition zugleich in einem sprachlich ganz ungewöhnlichen Sinne ausgelegt wird, „insbesondere" hervor „Messer oder andere gefährliche Werkzeuge"; so in § 210 St.-G.-B. als Mittel des Anreizens „insonderheit die Bezeigung oder Androhung von Verachtung". Hier ist, was ich oben dargelegt, auch in der Satzkonstruktion zum Ausdrucke gelangt.

Aus dem gleichen Grunde wie beim Collectivbegriff ist darum auch hier eine alternative Feststellung möglich.

So sagt auch *Bennecke*[1]), Alternativität sei zulässig, wo immer im Strafgesetze es heisse „oder durch andere Mittel". Ebenso *v. Kries*[2]), welcher Alternativität überall da erlaubt, wo neben dem allgemeinen ein speciellerer Begriff verwendet werde, welcher von dem ersteren ganz umfasst werde, so dass letzterer nur als der besondere Fall erscheine; und *Keller*[3]), der unter den zulässigen Alternativen aufzählt:

„e) Es wird im Gesetze aus einem allgemeinen Begriffe beispielsweise eine Richtung hervorgehoben, oder ein Begriff, um Zweifel abzuschneiden, verallgemeinert;

f) Ein allgemeiner, für sich verständlicher Begriff wird in seine einzelnen Erscheinungsformen zerlegt (z. B. § 48 St.-G.-B.)".

Fälle der Art sind in den Strafgesetzen sehr häufig. So werden in § 48 St.-G.-B. eine Anzahl Anstiftungsmittel aufgezählt und mit der Generalklausel „oder durch andere Mittel" abgeschlossen. Dass ihre alternative Feststellung zulässig sei, ist allgemeine Meinung.[4]) Bestrittener ist die Frage, ob ein Glied der Alter-

---

[1]) p. 588.

[2]) 591.

[3]) § 292 St.-P.-O. n. 2.

[4]) So für § 34 No. 1 Pr. St.-G.-B. O.-Tr. 11 IX 1856, (angeführt bei Oppenhoff „Preuss. Gesetze" art. 31 n. 6, und G. A. XV 457 unter 9), 27 IV 60

native lauten darf, anschliessend an den gesetzlichen Wortlaut, „oder durch andere Mittel"? Das Reichsgericht[1]) führt aus: solle die Geschworenenfrage nach Anstiftung korrekt sein, so müsse sie — auf Grund strikter Interpretation des § 293 St.-P.-O. —

1) mindestens eines der im Gesetz speciell angeführten Anstiftungsmittel des § 48 St.-G.-B. enthalten, und

2) die Generalklausel „oder durch andere Mittel". Beides dürfe nicht fehlen, auch wo das konkrete Anstiftungsmittel, ein zufällig nicht im Gesetz aufgeführtes, ganz bestimmt und sicher sei.

Dagegen hat die frühere Praxis des Ober-Tribunals[2]) die Zulässigkeit der Generalklausel überhaupt bestritten. *Olshausen* führt aus: zu den nach §§ 266, 293 St.-P.-O. festzustellenden bezw. in die Frage aufzunehmenden „gesetzlichen Merkmalen" gehöre allerdings „ein Mittel", durch welches der Täter bestimmt worden sei, man könne aber, da das Gesetz ausdrücklich alle Mittel gelten lasse, unmöglich weder sagen, dass irgend eines der in § 48 hervorgehobenen Mittel zu dem gesetzlichen Merkmalen gehöre, noch auch dass „andere Mittel" dazu zu rechnen seien, wenn es sich um ein konkretes — im § 48 erwähntes oder nicht erwähntes — Mittel handele. Aus der Entstehungsgeschichte des § 48 dagegen wird gefolgert, der Gesetzgeber habe es für zweckmässig erachtet, dass der Geschworene durch die ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes selbst dazu genötigt werde, über das oder die Mittel der Anstiftung im konkreten Fall sich klar zu werden und auszusprechen; dieser gesetzgeberische Zweck

---

(Oppenhoff l. c. art. 80 n. 12); gebilligt von Oppenhoff ll. cc. Zacke 101; Tippelskirch l. c. 514 unter 1). — Für § 48 R.-St.-G.-B. R.-G. III 2/3/81 R. III 93; III 10/3/87 R. IX 29; Berlin Pl. 29 X 77 St. VIII 72 und Oppenhoff Rechtsprechung XVIII 678; Stenglein § 292 St.-P.-O. n. 1 Abs. 2; Oppenhoff § 48 St.-G.-B. n. 15 und 48; Loewe § 292 St.-P.-O. n. 2; Olshausen § 48 St.-G.-B. n. 9; Dalcke 35; Kroschel 48; Keller § 292 St.-P.-O. n. 2 f; Beling 549 n. 21. Dagegen nur die bei Olshausen § 48 n. 9 citt. Dresden 18 IV 73 St. III 2; Schwarze St.-G.-B. p. 135 n. 1 a. E; Rubo § 48 St.-G.-B. n. 21.

[1]) R. G. III 25 VI 83, II 10 I 87, IV 21 XII 86; E. IX 22 (R. V 463), XV 304 (R. IX 25), R. VIII 780.

[2]) S. G.-A. VII 517, ebenso Oppenhoff § 48 St.-G.-B. n. 48, Dresden 18 IV 73 St. III 2, München 23 VI 76 St. VI 52, Rüdorff-Stenglein § 48 n. 6, Schwarze St.-G.-B. p. 135 n. 1 und Olshausen § 48 n. 10.

würde aber auf Grund der Feststellung „durch irgend ein Mittel“ bezw. „durch Geschenke oder ein anderes Mittel“ nicht erreicht werden, weil alsdann Klarheit über die in Betracht kommenden konkreten Mittel nicht herrschen würde. Namentlich könne die letztere Feststellung nicht genügen, weil die Hinzufügung der Generalklausel nur auf einem äusseren redaktionellen Grunde beruhe.

Dagegen ist m. E. zu sagen: Tatbestandsmerkmal ist der Begriff „irgend ein Mittel“. Ihn hat das Gesetz ausgedrückt durch die Generalklausel „oder durch andere Mittel“, welche ihre Bedeutungsprägung aber erst von den voraufgehenden Beispielen empfängt. Um das Tatbestandsmerkmal „irgend ein Mittel“ also correct dem Gesetzeswortlaute nach zum Ausdruck zu bringen, bedarf es, wie das Reichsgericht mit Recht ausführt:

1) der Generalklausel und

2) mindestens eines der speciellen Beispiele des Gesetzes, welches den Sinn der Generalklausel prägen hilft.

Olshausens Meinung, Tatbestandsmerkmal sei das jeweilige konkrete Mittel, einerlei ob in § 48 erwähnt oder nicht, würde dazu führen, ein im Gesetze nicht enthaltenes, gesetzliches Tatbestandsmerkmal anzunehmen — ein Widerspruch in sich.

Das Gleiche wie von § 48 ist zu sagen in anderen Fällen, in welchen die Generalklausel „oder durch andere Mittel“ oder Aehnliches vorkommt. Auch hier bildet die ganze Phrase ein Tatbestandsmerkmal. Es ist darum die Aufnahme der Generalklausel nötig; ebenso wie die der voraufgehenden, beispielsweise angeführten Worte, falls nicht, wie z. B. in § 229 „Gift oder andere Stoffe“, die Generalklausel noch selbst, etwa durch den Relativsatz „welche geeignet sind, die Gesundheit zu zerstören“,[1]) hinlänglich erläutert ist, sondern ihren Inhalt ganz oder teilweise von den vorangehenden Beispielen empfängt, wie in § 302 St.-G.-B. „eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen,“ § 367 pos. 9 „in Stöcken oder Röhren oder in ähnlicher Weise verborgen“ etc.

Solche Fälle der Generalisirung sind in den Strafgesetzen

---

[1]) Hier wirkt sogar die Erläuterung der Generalklausel restringirend auf das Speciale zurück.

häufig. So St.-G.-B. §§ 90[1], 90[2], 110, 130 a, 133, 137, 142, 144, 146: „als echt gebrauchen oder sonst in Verkehr bringen“[1]), 150, 151, 166, 167, 169: „Wer ein Kind unterschiebt oder verwechselt oder auf andere Weise den Personenstand . . . verändert“[2]), 174[3], 179, 181 a, 184 „feilhält . . . oder sonst verbreitet“[3]), 193, 210, 213, 223 a „Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“[4]), 229 „Gift . . . andere Stoffe“,[5]) 239 „einsperrt . . . auf andre Weise des Gebrauchs der . . . Freiheit beraubt“[6]), 243[3] „falsche Schlüssel — andere Werkzeuge“[7]), 243[4], 259 „ankauft . . . sonst an sich bringt“[8]), 266[3], 274[2], 275[2], 277, 278, 293, 295, 299, 301, 302, 302 a, 302 b, 305, 311, 315, u. s. f., K. O. 240, Personenstandsgesetz 67; Nahrungsmittelgesetz 12[1], 12[2], 15; Sprengstoffgesetz 9, 10; G. O. 147[3]; Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse 1; gegen den unlauteren Wettbewerb 9 u. s. f.

§ 13.

Gleichwertige und ungleichwertige Modalitäten eines Tatbestands.

I. Nach Ausscheiden der Fälle des Collectivbegriffs (§ 11) und der beispielsweisen Aufzählung mit abschliessender Generalklausel, überhaupt des Nebeneinanders von Speciale und Generale (§ 12), bleiben noch eine Menge von „Oders“ und gleichbedeutenden Redeweisen in den Strafgesetzen übrig. Die dadurch getrennten Glieder des Tatbestandes lassen sich einerseits nicht, wenigstens nicht ohne Zwang, einem einheitlichen Begriffe unterordnen; andrerseits ist klar, dass der sie umfassende Paragraph nicht desshalb in zwei selbständige Tatbestände auseinanderklafft.

---

[1]) Olshausen n. 5 Abs. 2, und die dort Citirten.

[2]) Olshausen n. 7: „Unterschieben“ und „Verwechseln“ sind nur Species zu „Verändert“.

[3]) Olshausen n. 7; für die frühere Fassung vor der lex Heinze s. E. IX 292, XIV 397.

[4]) Kries 591, Beling 291, Olshausen n. 11.

[5]) Kries 591, Keller § 292 St.-P.-O. n. 2 e, Oppenhoff n. 4, Rüdorff-Stenglein n. 3, Olshausen n. 4, Rosenfeld 230.

[6]) Olshausen n. 7, Bruck „Verbrechen gegen die Willensfreiheit“ p. 62.

[7]) Kries 591; Kroschel 48.

[8]) S. die in § 13 Citt.

Dies ist das eigentliche, schwierige und von Fall zu Fall streitige Grenzgebiet der Zulässigkeit von Alternativen, um so schwieriger und zweifelhafter, als eine scharfe juristische allgemeine Begriffsscheidung innerhalb dieses Gebiets nicht mehr zu entdecken ist. Es kommt hier darauf an, aus dem Tatbestande herauszulesen, ob es dem Gesetze gleichgültig ist, welches der alternativen Glieder des Tatbestandes vorliegt, oder nicht, ob diese also — um in der Sprechweise des Reichsgerichts und eines Teiles der Litteratur zu reden — gleichwertige oder ungleichwertige Modalitäten des Tatbestandes sind, ob das „Oder", welches zwischen ihnen steht, mehr trennt oder verbindet *(Glaser),* ob es ein „sive-sive", oder ein „aut-aut" bedeutet *(Beling).* Die Lösung dieser Frage hängt ab von der materiell-rechtlichen Auffassung, die man von den einzelnen Tatbeständen und von der Bedeutung der einzelnen Tatbestandsmomente innerhalb des Tatbestands und im Verhältnis zu einander hat. Es ist beispielsweise denkbar, dass verschiedene Arten der Verletzung fremden Sacheigentums (§§ 242, 303 St.-G.-B.) nicht alternativ feststellbar sind, da aber, wo sie pönalisirt sind nicht unter dem Gesichtspunkte eines Eigentums- oder Vermögensverbrechens, sondern unter dem eines Verbrechens gegen einen fremden Staat (§ 103 a St.-G.-B.), alternativ feststellbar werden, da von diesem Standpunkt aus die Verschiedenheit in der Art der Verletzung der Sache ganz gleichgültig wird. — Die processuale Frage nach alternativer Feststellung verliert sich hier ganz in materiellrechtliche Detail-Arbeit. Insofern ist es richtig, wenn *Bennecke*[1]) meint, die Frage, wie weit alternative Fragen zulässig sind, sei eine strafrechtliche, nicht strafprocessuale, sie hänge von Fassung und Inhalt des Strafgesetzes ab; und *Kries*[2]), die Frage sei keine processuale, sondern in erster Linie eine materiell-rechtliche. Doch ist gegenüber der Uebertreibung, die in diesem Paradoxon liegt, einschränkend zu bemerken, dass die Frage nach alternativer Feststellung natürlich eine processuale ist und bleibt, dass die Grundsätze zu ihrer Beantwortung dem Processrechte zu entnehmen sind, dass sich aber allerdings bei deren Anwendung die Verschiedenheit des

[1]) 588 n. 18.
[2]) 592.

materiellen Rechts, dem der Process ja dienen will, selbstverständlich äussert.

Ein Fall gleichwertiger Modalitäten liegt — besonders klar erkennbar — da vor, wo der Gesetzgeber in Nachahmung jener überladenen anglo-amerikanischen Gesetzessprache scharfe begriffliche Formulirung vermeidet und, statt definirend, im Tatbestande beschreibend eine Fülle von ganz oder teilweise begrifflich sich denkenden konkreten Ausdrücken häuft, unter denen jeder einzelne einer scharfen klaren Umgrenzung seines Begriffsbezirks unfähig ist. An Beispielen hierfür mangelt es leider nicht in unseren Strafgesetzen, und namentlich die neuere und neueste parlamentarische Gelegenheitsgesetzgebung hat uns viele beschert.

Man wird aber auch, über diesen besonders deutlichen Specialfall hinausgehend, Alternativität überall da erlauben dürfen, wo das Strafgesetz „nah verwandte, in einander übergehende Begriffe“ nebeneinander stellt[1]). Die Grenze zwischen dieser Gruppe von Fällen und denen der Begriffseinheit (§§ 11 und 12) wird oft nicht leicht zu ziehen sein; einzelne Beispiele wird man mit ungefähr gleichem Rechte dieser wie jener Kategorie zuzählen können, was aber um so unbedenklicher ist, als ja die Folgen sich gleichbleiben[2]). Meine ganze Einteilung will ja auch weniger scharf zertrennen, als vielmehr nur einige leitende Gesichtspunkte hervorheben.

Alternative Feststellung gleichwertiger Modalitäten des Tatbestands wird auch von der Litteratur und Rechtsprechung zugelassen. So sagt das Reichsgericht, das Princip lasse für alternative Feststellungen insoweit Raum, als es sich um gleichwertige Modalitäten des gesetzlichen Tatbestands desselben individuell bestimmten Reats handele[3]). Ebenso *Dalcke*[4]), *Olshausen*[5]), *Tippels-*

---

[1]) Kries 591 α.

[2]) Ich habe darum die Fälle, in welchen die Zulässigkeit der Alternativität auf Vorliegen eines Collectivbegriffs beruht — ausser einigen Beispielen — oben in § 11 nicht aufgezählt, sondern werde sie unausgeschieden von den soeben zu behandelnden unten im Anhange bringen.

[3]) E. XXVI 157; ähnlich R. III 93 u. ö.

[4]) 35.

[5]) § 47 n. 29 St.-G.-B.; ebenso noch öfter bei einzelnen Paragraphen, z. B. St.-G.-B. § 48 n. 9, § 49 n. 10 etc.

kirch[1]), *Planck*[2]), *Beling*[3]), *Geyer*[4]), *Keller*[5]), *Kroschel*[6]); auch *Ullmann,* der Alternativfragen erlaubt, „wenn das Gesetz selbst zur Bezeichnung eines und desselben Tatbestands verschiedene Ausdrücke in alternativer Fassung aneinanderreiht“[7]). Für *Glaser, Meyer, Bar, Zachariae* verweise ich auf die Citate in § 11 und das dort Bemerkte.

II. *Kries* erlaubt Alternativität mit der gleichen Begründung, das Gesetz gebe ausdrücklich seiner Gleichgültigkeit gegen den Wertunterschied der verschiedenen Glieder kund, noch in einem weiteren Falle. Zuweilen, sagt er[8]), seien alternativ verbundene Tatbestände zwar wesentlich verschieden, aber gerade deshalb als gleichwertig nebeneinander erwähnt, weil sich der Gesetzgeber die Schwierigkeit einer genauen Beweisführung vergegenwärtigte. Er führt § 259 St.-G.-B.[9]) als Beispiel an; drei Fälle, die sich ausschliessen, enthalte dieser Paragraph:

1) der Hehler wusste,

2) er musste den Umständen nach annehmen und nahm wirklich an,

3) er musste annehmen, nahm aber nicht an. Der Gesetzgeber habe aber erwogen, dass der Beweis gerade für das Vorliegen eines bestimmten Falles sich oft kaum anders als durch Geständnis erbringen lasse, und habe sie deswegen nebeneinander gestellt. Nach seiner Absicht genüge also die alternative Feststellung.

Wenn man einmal die materiellrechtliche Auffassung *v. Kries'ens* bezw. des „Wissens oder Annehmenmüssens“ teilt[10]), so ist diese

[1]) G. A. XV 506.

[2]) 424.

[3]) 291.

[4]) 749.

[5]) § 292 St.-P.-O. n. 2.

[6]) 48.

[7]) Ullmann Ö 593; in Ullmann D. 511 heisst es statt „Tatbestands“ „Merkmals“, so dass die ganze Stelle mehr als für den Collectivbegriff passend anzusehen wäre.

[8]) p. 591 β.

[9]) „Wer . . Sachen, von denen er weiss oder den Umständen nach annehmen muss, dass etc.“

[10]) Sie ist bestritten; Kries schliesst sich offenbar der Meinung an, wonach das „Wissen“ etwas von dem „Annehmenmüssen“ toto coelo Verschiedenes ist. —

Ausführung richtig. *Kries* sagt übrigens selbst, der Fall eines solchen Tatbestands, dessen alternative Glieder nicht wegen ihrer Gleichheit, sondern gerade wegen ihrer Verschiedenwertigkeit alternativ feststellbar seien, stehe fast vereinzelt. Ausser § 259 führt er nur noch an § 361 pos. 4 St.-G.-B.: „Wer . . Kinder zum Betteln ausschickt, oder Personen, welche seiner Aufsicht und Gewalt untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterlässt." — Ein Analogon zu § 259 St.-G.-B. bildet § 187 II des Invalidenversicherungsgesetzes, wo es ebenfalls heisst „weiss oder den Umständen nach annehmen muss."

III. Nicht zulässig ist eine alternative Feststellung trotz Einheit des Tatbestands, wenn dessen alternative Glieder klar distinkte, wirklich selbständige Begriffe sind. Alle die Gründe, welche es unmöglich machen, zwei selbständige Tatbestände alternativ festzustellen, alle, wie sie oben in § 10 ausgeführt worden, widerstreben auch der alternativen Feststellung zweier präcis unterschiedener Begriffe, die alternativ im Tatbestand als Tatbestandsmerkmal dienen. Wie es die Aufgabe des Richters ist, die Tat unter einen bestimmten gesetzlichen Verbrechensbegriff zu subsumiren, so auch, einen einzelnen Tatumstand unter ein bestimmtes Begriffsmerkmal. Das Gesetz will zweifellos dem Angeklagten die Garantie geben, bei einem Richter, dass er die Tat bestimmt, und bei mehreren Richtern, dass sie die Tat gleich beurteilen.

So auch die Litteratur. Z. B. *Kries*[1]), welcher alternative Feststellungen dafür unzulässig erklärt, wo in demselben Paragraphen mehrere präcise Begriffe verwendet werden, die zwar in ihrer juristischen Wirkung einander gleichstehen, sonst aber völlig von einander verschieden seien, ferner *Beling*[2]), nach dessen Meinung, wenn jeder der Tatbestände für sich separate Bedeutung beansprucht, alternative Feststellung des einen oder des anderen

---

Die Alternativen „Wissen — Annehmenmüssen" werden — jedoch als gleichwertige Modalitäten eines Tatbestands — gebilligt von R. 1 777 (G. A. XXVIII 74), III 814; Rüdorff-Appelius Textausgabe ad § 259 St.-G.-B., Stenglein § 266 St.-P.-O. n. 3 c, Lehrbch. d. St.-P.-R. 318; Oppenhoff n. 10; Olshausen n. 22; Keller § 292 St.-P.-O. n. 2 g; Loewe § 292 St.-P.-O. n. 2; O.-Tr. bei Oppenhoff Rechtsprechg. XIV 128, XVII 720, XIX 116; Kroschel 48.

[1]) 592.

[2]) 291.

nicht zur Verurteilung führen kann. *Loewe*[1]) unterscheidet nur zwei Gegensätze: Modalitäten eines Tatbestandes und zwei selbständige Tatbestände; letztere, worunter er offenbar auch die „ungleichwertigen Modalitäten eines Tatbestands" rechnet, sind nicht alternativ feststellbar.

Für die übrige Litteratur kann ich auf die Citate unter I verweisen. Denn da alle jene Autoren und Urteile davon ausgehen, dass alternative Merkmale des gesetzlichen Tatbestands principiell nicht alternativ feststellbar seien, so folgt aus der dortigen Abgrenzung der Ausnahme von selbst ihre Beistimmung zu dieser Entwicklung. — Zu weit geht in der Zulassung von Alternativen darum *Stenglein*[2]): „Sind gewisse Umstände im Gesetz alternativ so erwähnt, dass bei Vorliegen von jedem derselben der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist, so kann die Alternative auch in die Fragestellung aufgenommen werden." Ob er übrigens wirklich so weit gehen will, wie die Worte zu sagen scheinen, ist bei der lakonischen Kürze nicht sicher.

Ob allerdings der alternative Gesetzestatbestand besteht aus „nah verwandten, in einander übergehenden Begriffen", oder aus „präcisen Begriffen, die zwar in der juristischen Wirkung einander gleichstehen, sonst aber völlig verschieden sind", ob die alternativen Modalitäten „gleichwertige" oder „ungleichwertige" sind, wird sich im einzelnen konkreten Tatbestande manchmal schwer sagen lassen, so sehr auch der Unterschied theoretisch klar erscheint.[3]) „Wo im einzelnen Fall eine Alternative der einen oder der anderen Art vorliegt, ist schwer zu erkennen, lässt sich aber vom allgemeinen Standpunkt nicht näher begründen. Es ist vielmehr Sache der Auslegung, ob wir es an einer bestimmten Stelle des Gesetzes mit einer Alternative der ersten oder der letzteren Art zu tun haben."[4])

---

[1]) § 292 St.-P.-O. n. 2.

[2]) „Lehrbuch des Strafprocesses" 323.

[3]) So auch Kries 592, Dalcke 35. Trotz dieser Schwierigkeit ist es aber noch lange nicht berechtigt, wenn Löwenstein 81 behauptet, vergeblich suche man in den theoretischen Erörterungen und der grossen Zahl von Entscheidungen den principiellen Unterschied zwischen verschiedenen gleichwertigen Begehungsarten einer und derselben Tat und verschiedenen selbständigen Tatbeständen zu entdecken.

[4]) H. Meyer in H. H. des St.-P.-R. II 181.

Abzuweisen ist demnach die Ansicht *Kroschels*[1]), welcher einen Anhaltspunkt für die Entscheidung über Zulässigkeit alternativer Feststellung darin sucht, ob die Verschiedenheit der Glieder derart ist, dass gegebenenfalls ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts nach § 264 St.-P.-O. erfolgen müsste. Zunächst: die Stütze, nach der er greift, ist selbst schwankend; wann ein Hinweis nach § 264 St.-P.-O. nötig, ist eine bestrittene Frage[2]); mit der Verweisung hierauf ist also nicht viel gewonnen. Sodann lässt die Verschiedenheit der Zwecke des Hinweises von denen der alternativen Feststellung einen solchen notwendigen Parallellismus zwischen beiden von vornherein als unwahrscheinlich erscheinen, wie ihn denn auch das Reichsgericht verworfen hat. Der § 264 St.-P.-O. will den Angeklagten im Interesse seiner Verteidigung vor Ueberraschungen, das Gericht vor Uebereilungen behüten. Er kann darum diesem seinem Zwecke nach auch in Fällen anzuwenden sein, in welchen alternative Feststellung trotzdem möglich ist. Z. B. ist eine alternative Feststellung von § 267 und § 269 St.-G.-B. erlaubt[3]); eines Hinweises nach § 264 St.-P.-O. bedürfte es aber doch sicherlich, wenn nach einfacher Anklage aus § 267 St.-G.-B. eine Verurteilung aus § 269 erfolgen sollte; und umgekehrt sieht das Reichsgericht öfters bei Wechsel der verschiedenen Alternativen eines Paragraphen von einem Hinweise ab[4]), während doch deren alternative Feststellung nicht erlaubt ist, weil die alternativen Tatbestandsmomente beide ganz selbständig und verschieden sind.

Alle äusseren Anhaltspunkte, Vereinigung unter einem Paragraphen oder unter einer Ziffer, gleiche Strafe etc. lassen einen, wie gesagt, oft im Stich; da eine wahre Sucht nach Abkürzung den Gesetzgeber verleitet hat, das Verschiedenste in einen Paragraphen zusammenzupressen, und da die dogmatische Durchbildung und Systematisirung des Strafgesetzbuchs, und der Nebengesetze oft noch mehr, allgemein anerkanntermassen zu wünschen manches

---

[1]) 48/9.

[2]) S. statt aller Anderen Löwe § 264 n. 3; Beling 532 f.

[3]) Vgl. oben § 10 i. f. und unten im Anhange.

[4]) Dagegen allerdings Beling 533, wo auch Litteratur.

übrig lässt. Für eine künftige Redaktion des Strafgesetzbuches wäre es ein Erfordernis, eine derart genaue Verteilung der Tatbestände unter die Paragraphen oder bezifferten Positionen vorzunehmen, dass durch die Berufung darauf: „Diese Alternativen stehen unter einer Ziffer," ihre alternative Feststellbarkeit nach dem Willen des Gesetzes zweifellos sicher wäre; und umgekehrt der Hinweis: „Diese Alternativen stehen unter verschiedenen Paragraphen," genügte, um zu zeigen, sie können nach dem Willen des Gesetzes nicht alternativ festgestellt werden. Wie etwa die Civilgesetze neuerdings durch ihre Fassung die Verteilung der Beweislast im Processe zu regeln suchen, so könnte das Strafgesetz, das ja nicht für eine Verteilung der Beweislast zu sorgen hat, durch äussere Merkmale seine Meinung über die Verwandtschaft und damit indirekt über die alternative Feststellbarkeit seiner Tatbestände kundgeben. Die vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus schon oft erhobene Forderung einer besseren Gruppirung und Sonderung ist hier also auch vom processualen Standpunkt aus zu unterstützen.

§ 14.

Alternativität von Qualificationsgründen.

v. Bar behauptet:

„Wenn das Gesetz mehrere Qualificationsgründe einer an sich schon strafbaren Tat nebeneinander aufstellt, und die Subsumtion der Tat unter den einen, wie unter den anderen Qualificationsgrund in rechtlicher Hinsicht Zweifeln nicht unterliegt, so nehmen diese Qualificationsgründe ganz die Natur concreter Tatumstände für den fraglichen Fall an; insoweit daher bei letzteren eine alternative Fragestellung zulässig sein würde, insoweit muss sie auch bei jenen gestattet sein. Der Unterschied zwischen Beiden besteht nur darin, dass die Feststellung konkreter Tatumstände eine bestimmte Wirkung auf das Strafmass nicht hat, während diese Wirkung bei den gesetzlich hervorgehobenen Tatumständen stattfindet; diese Wirkung aber ist hier gleichgiltig, wo es sich zunächst nur um die Feststellung der Tat, nicht um die Strafe handelt. So kann es leicht vorkommen, dass die Beurteilung der Frage, ob der Dieb zur Nachtzeit gestohlen habe, nachdem er in diebischer Absicht vor dem Eintritt der Nachtzeit in einem Ge-

bäude sich eingeschlichen, ebensowenig wie die Frage, ob er gestohlen habe, nachdem er in diebischer Absicht heimlicher Weise in dem Gebäude zurückgeblieben (vgl. hannöversches Gesetz vom 20. April 1857 § 6, 2), in dem konkreten Falle in rechtlicher Beziehung Zweifel in keiner Weise erregt; die Verteidigung gegenüber jedem dieser beiden Qualificationsgründe ist dann eben ganz dieselbe. Hier wird es gestattet sein, — und ein gleiches wird auch anzuerkennen sein, wenn die rechtlichen Zweifel für beide Fälle ganz dieselben sind, z. B. über das Zutreffen des Begriffs der Nachtzeit in dem vorliegenden Falle — die beiden Qualificationsgründe alternativ zur Frage zu verstellen."[1])

Diese Ansicht *Bar's* ist m. E. unrichtig.

1) Wenn er zunächst, fortfahrend, sie damit begründet: „Wollte man hier die alternative Frage nicht zulassen, so würde, da oft die Sache so liegt, dass die Existenz eines der beiden gesetzlichen Qualificationsgründe erwiesen ist, die Ungewissheit aber, welcher von beiden anzunehmen, nicht gehoben werden kann, ein offenbar Schuldiger der verdienten Strafe entgehen", so ist zu erwidern: genau dieses gleiche Argument könnte man auch in solchen Fällen verwerten, in welchen eine alternative Feststellung, z. B. zweier selbständiger Taten, nach *Bar's* wie nach meiner Meinung unzulässig ist. Auch dort kann sicher sein, dass der Angeklagte das Eine oder das Andere getan hat.[2]) Beweist das Argument aber dort nichts, wie *Bar* anerkennt, so beweist es hier ebensowenig.

2) Man wende auch nicht ein, dort wo es sich handle um konstitutive, um Begriffsmerkmale des Verbrechens, sei eine Beweisführung für alternative Tatsachen weniger leicht denkbar,

---

[1]) „Recht" 207. So auch Ullmann D. 511, Ö 594. Für allgemeine Zulässigkeit alternativer Feststellung verschiedener Qualificationsgründe derselben Tat sind ferner Zachariae II 489; Schwarze § 243 St.-G.-B. n. 54; Oppenhoff § 243 St.-G.-B. n. 7; Tippelskirch G. A. XV 516 unter 7; Zacke 101 unter 1); Oppenhoff „Preuss. Gesetze" art. 31 n. 6; v. Stemann G. A. II 174; Württembergischer Kommissionsbericht p. 392 (in „Neue Justizgesetzgebg. d. Kgrchs. Württemberg", Stuttgart 1868, Bd. 3); O.-Tr. 20 II 67 G. A. XV 253/4. Wenn sich Zacke noch auf O.-Tr. 6/7 (nicht 6/6, wie Zacke schreibt) 53 G. A. I 537, 11/6 58, 9/2 59 bei Oppenhoff „Preuss. Gesetze" art. 31 n. 6 beruft, so geschieht dies zu Unrecht. Jene Urteile gehen überhaupt fälschlich davon aus, es sei nur Gleichheit der Straffolgen nötig.

[2]) Vgl. oben § 7 V.

als wo es sich drehe um blosse Qualificationsmomente. Gewissheit zu geben über Vorliegen einer alternativen Tatsache, ist der historische Beweis gleich tauglich oder gleich untauglich, mag dieses Faktum sich später bei der Subsumtion als konstitutives oder als qualificirendes Moment herausstellen. Bietet aber die Alternative ihrem Wesen nach — was unrichtig ist — eine geringere Sicherheit der Feststellung, so ist es gleich ungerechtfertigt, daraufhin eine schwerere Strafe zu verhängen als sonst, wie daraufhin überhaupt eine Strafe zu verhängen.

3) Im Uebrigen beruht *Bar*'s Ansicht auf einer falschen Auffassung des Wesens der Qualificationsmomente. Dass sie anders zu behandeln seien als andere Tatbestandsmerkmale, wird nicht begründet, nur als These hingestellt. Und warum sollte man sie anders behandeln? Nein; ein Qualificationsgrund ist nicht eine bloss tatsächliche Modalität der Verübung des einfachen Verbrechens, wie nach *Bar's* Darlegung scheinen könnte, sondern er ist mehr als ein blosser Strafzumessungsgrund, er ist dadurch, dass ihn das Gesetz formulirt und an sein Vorliegen bestimmte Straffolgen geknüpft hat, ein besonderer Teiltatbestand[1])[2]) geworden, der zu dem ursprünglichen Tatbestande gegebenenfalls hinzutritt. Ebenso *H. Meyer*[3]), nach dessen Meinung die Strafänderungsgründe blosse Erweiterungen bezw. Einschränkungen des Tatbestands bilden, die mit dem letzteren ihrem Wesen nach gleich sind und hinsichtlich deren daher derselbe Grad von Bestimmtheit zu erfordern ist, wie hinsichtlich des Tatbestandes selbst; dass die Qualificationsgründe für den fraglichen Fall „die Natur konkreter Tatumstände annehmen," sei nach der begrifflichen Unterscheidung konkreter Tatumstände und gesetzlicher Merkmale unmöglich. Wie es für den Tatbestand des einfachen Verbrechens einer bestimmten Feststellung bedarf — „bestimmt" in den oben entwickelten Grenzen — um die dafür gedrohte Strafe zu verhängen, so ist, bei Vorliegen des einfachen Verbrechens, eine bestimmte Feststellung des hinzutretenden qualificirenden Teil-

---

[1]) Statt aller Anderen nur Kries 445: „Der Qualificationsgrund gehört eben zum Tatbestand des qualificirten Verbrechens."

[2]) Ueber objective Bedingungen erhöhter Strafbarkeit, die also nicht zum „Tatbestand" i. e. S. gehören, vgl. unten § 15.

[3]) H. H. d. St.-P.-R. II 180 und n. 25 und 26.

tatbestandes nötig, um die schwerere Strafdrohung anzuwenden. So wenig es zweifelhaft bleiben darf, ob Diebstahl oder Unterschlagung vorliegt, soll anders ich überhaupt verurteilen, ebensowenig kann ich, wenn Diebstahl sicher, auf Zuchthaus erkennen, falls ungewiss ist, ob der eine oder der andere wesentlich verschiedene Unterfall des § 243 St.-G.-B. gegeben ist.

Alles, was oben über die Zulässigkeit von Alternativen bei der Feststellung des Verbrechens gesagt worden ist, gilt daher gleichermassen für die Feststellung des Qualificationsgrundes.[1]) Ebenso sagt *Olshausen*, die Frage, inwieweit eine alternative Feststellung der straferhöhenden Umstände zulässig, sei identisch mit derjenigen, wieweit verschiedene Tatbestände oder blosse Modalitäten eines und desselben Tatbestands vorliegen.[2])

Es können also im hinzutretenden Teiltatbestande so gut, wie im Tatbestande des einfachen Verbrechens, die Erscheinungen des Collectivbegriffs, der beispielsweisen Aufzählung mit abschliessender Generalklausel (z B. §§ 223a, 243[3] St.-G.-B.), nah verwandter, in einander übergehender Begriffe, gleichwertiger Modalitäten des Tatbestands vorkommen und sind alternativ feststellbar. Andrerseits bilden manche Qualificationsmomente, die zu einem Verbrechen hinzutreten können, unter einander durchaus selbständige Tatbestände, z. B. Diebstahl an gottesdienstlichen Gegenständen (§ 243[1]) und Einbruchsdiebstahl (§ 243[2] St.-G.-B.), oder ungleichwertige Modalitäten des gleichen Qualificationstatbestands, z. B. nach Mancher Ansicht Einsteigen und Erbrechen (§ 243[2] St.-G.-B.).

Bar's These geht also einerseits zu weit, indem sie den juristischen Wertunterschied der einzelnen Qualificationsmomente — wenigstens direct — nicht berücksichtigt; andrerseits grenzt sie die Alternativität zu eng ein, indem sie die von mir schon oben § 7 III bekämpfte Schranke, die Verteidigung müsse gegen

---

[1]) Es werden deshalb unten im Anhang bei Aufzählen der im St.-G.-B. sich bietenden Beispiele der verschiedenen Gattungen von Alternativen im Tatbestande solche in Qualificationstatbeständen mit aufgeführt werden.

[2]) § 243 St.-G.-B. n. 59 a; s. auch Geyer 749 und die cit. Stelle Meyers.

[3]) Olshausen 3. Aufl. § 243 n. 59 a; R. G. IV 8/4 92 E. XXIII 47. Nicht speciell für Qualificationsgründe auch Rosenfeld 404 und Kries 592; wohl auch Löwenstein 81.

jede der Alternativen die gleiche sein, auch hier wieder aufrichtet. Vor allem aber ist ihre Begründung zu verwerfen. —

Man hat[3]) das Kriterium für die Zulässigkeit der Alternativität von Qualificationsgründen daraus entnehmen wollen, ob das Gesetz sie unter verschiedenen Paragraphen bezw. verschiedenen bezifferten Positionen desselben Paragraphen anführe, oder nicht. Ersteren Falls sei Alternativität stets unzulässig, denn der Gesetzgeber deute hierdurch auch äusserlich an, dass es sich um verschiedene Tatbestände handele. Jedoch wie die gesetzliche Gliederung unter verschiedene Paragraphen und Ziffern für den Tatbestand des einfachen Verbrechens nicht allein massgebend ist, ebensowenig hier. Das Reichsgericht hat sich denn auch in einer Entscheidung[1]) auf diesen Standpunkt gestellt, indem es ausführt, der Umstand, dass der Gesetzgeber da, wo es sich um eine Menge gleichwertiger Modalitäten der Ausführung handele, diese der besseren Uebersichtlichkeit wegen in demselben Paragraphen unter verschiedenen Nummern in Gruppen geordnet habe, könne an sich keinen Unterschied machen; wolle man den Umstand allein entscheiden lassen, ob die Alternativen unter derselben Nummer stehen, so würde man z. B. zu dem unerklärlichen Resultate kommen, dass Einbruch, Einsteigen und Erbrechen von Behältnissen (sämtlich in Nr. 2 des § 243) alternativ festgestellt werden dürften, dagegen nicht Einsteigen (Nr. 2) und Einschleichen (Nr. 7). Ebenso hat *Ölshausen* in späteren Auflagen[2]) seine Meinung geändert.

Wie dort beim Volltatbestande, so ist aber auch hier, beim Teil-, Qualifications-, Tatbestande der Umstand, dass das Gesetz verschiedene Paragraphen oder verschiedene Nummern bei der Aufzählung anwendet, durchaus nicht unwesentlich, sondern, wenn auch nicht allein ausschlaggebend, doch jedenfalls ein sehr wichtiger Fingerzeig für die Wertung der betreffenden Fälle: man darf, auch im Strafgesetzbuch, nicht geradezu präsumiren, dass das Gesetz schlecht redigirt sei; und darf nur aus triftigen, überwiegenden Gründen von seiner Gliederung und den daraus an sich zu ziehenden Folgerungen abweichen.

---

[1]) R. G. III 29/1 91 G. A. XXXIX 60.

[2]) l. c. 5. Auflage.

§ 15.

Alternativität von objektiven Bedingungen.

Im Voraufgehenden war stets nur die Rede vom Tatbestand in engerem Sinne, von der verbrecherischen Handlung mit Einschluss des tatbestandsmässigen Erfolgs. Zu ihm treten manchmal objective Bedingungen, vom Bewusstsein oder der Schuld des Verbrechers nicht umfasste Momente, hinzu, sei es als konstitutive[1]), sei es als qualificierende[2]) Elemente des Verbrechens. Wie sind diese zu behandeln? Ist der Ausspruch des Urteils über sie dem über das Vorliegen von Processvoraussetzungen gleichzuachten, also wie oben in §§ 1 und 3 erörtert, principiell alternativ möglich? Oder stehen sie in Hinblick auf das „Feststellungs"bedürfnis dem Tatbestande gleich?

Meines Erachtens ist das Letztere richtig. Sie gehören mit zu dem Tatbestand in weiterem Sinn und sind gerade wie die verbrecherische Handlung selbst festzustellen. Sie sind formell dem Tatbestand i. e. S. an Wichtigkeit gleich, sind zweite Bedingungen der Strafbarkeit, deren erste der Tatbestand; sie sind also für den Strafanspruch des Staates gleich wesentlich, wie der Tatbestand. Die nahe Verwandtschaft beider Kategorien zeigt sich auch darin, dass manchmal zweifelhaft ist, ob im konkreten Falle das Erfordernis z. B. eines bestimmten schweren Erfolges noch als zum Tatbestande des Verbrechens gehörig anzusehen ist oder als ausserhalb des Tatbestandes liegende zweite Bedingung der Strafbarkeit.

Die „objectiven Bedingungen der Strafbarkeit" können, wie gesagt, sowohl die Strafbarkeit begründen, als auch die ohnehin vorhandene erhöhen (der Ausdruck „objective Bedingungen der Strafbarkeit" ist also im Grunde genommen zu eng); sie können Essentialia des Grundverbrechens oder Qualificationsmomente sein. Da nun konstitutive und qualificierende Tatbestandselemente gleich zu behandeln (oben § 14), und da nach dem soeben Entwickelten die zweiten Bedingungen gerade wie der Tatbestand feststellungs-

---

[1]) So die Ehescheidung in §§ 170, 172 St.-G.-B.; s. Beling Grdzge. 10, Liszt 189.

[2]) So die schweren Erfolge in §§ 224, 226 St.-G.-B. nach h. M.

bedürftig sind, so gelten alle Regeln, die ich oben in den §§ 10 bis 14 dargestellt habe, auch hier[1]).

Sie vereinfachen sich indessen in der praktischen Anwendung beträchtlich, da die zweiten Bedingungen an sich eine nicht sehr häufige Erscheinung in den Strafgesetzen sind, das Gesetz aber noch seltener bei einem Verbrechen mehrere objective Bedingungen alternativ aufführt. Beispiele für zulässige Alternativität objectiver Bedingungen bietet der schon erwähnte § 224 St.-G.-B.[2]), wenn man, was bestritten ist, die dort aufgezählten schweren Erfolge der Körperverletzung als objective Bedingungen ansehen will. Zwei objective Bedingungen der Strafbarkeit stellen ferner alternativ auf die strafrechtlichen Paragraphen der Konkursordnung in dem Erfordernis der „Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung"; doch ist kaum denkbar, dass über das Vorliegen des einen oder anderen dieser Umstände Zweifel obwalten könnten; wenn aber, so dürfte bei der Verwandtschaft der Begriffe alternative Feststellung eintreten. Mehrfach finden sich auch alternativ vereinigt die objectiven Bedingungen „Tod oder schwere Körperverletzung". Das Bedürfnis alternativer Feststellung kann etwa entstehen bei Zweifeln über die Kausalität, zumal in den hierher gehörigen Fällen meist adäquate Verursachung verlangt wird. Eine alternative Feststellung dürfte indessen nur in § 227 St.-G.-B. angängig sein; in den übrigen Fällen, z. B. §§ 229, 315 II, 321 II, 221 II etc St.-G.-B. verbietet sie sich schon durch die Verschiedenheit der Straffolgen, die jedes Glied der Alternative nach sich zöge[3]). Eine Alternativität objectiver Bedingungen der Strafbarkeit — und zwar eine zulässige — liegt endlich wohl auch vor in einem Falle, den *Oetker*[4]) konstruiert: eine Handlung, im Auslande begangen, ist nach aus- und inländischem Rechte mit Strafe bedroht (§ 4 pos 3 R.-St.-G.-B.), zweifelhaft ist aber, ob der Täter zur Zeit der Begehung der Tat

---

[1]) Die alternative Feststellbarkeit einzelner im St.-G.-B. vorkommender objectiver Bedingungen wird daher unten im Anhang zugleich mit der einzelner Tatbestandsmomente erörtert.

[2]) S. unten im Anhange.

[3]) S. oben § 6.

[4]) G. A. XXXVIII 333.

schon Deutscher war (§ 4 pos 3 I) oder es erst später geworden ist und zur Zeit der Aburteilung noch ist (§ 4 pos 3 II). In solchem Falle halte ich mit *Oetker* alternative Feststellung für geboten, wobei ich natürlich voraussetze, dass der nach § 4 pos 3 II St.-G.-B. nötige Strafantrag der ausländischen Regierung gestellt ist und dass auch das ausländische Gesetz nicht eventuell als das mildere zur Anwendung steht, sonst würde gegen die oben in § 6 aufgestellten Regeln verstossen.

Wenn § 139 St.-G.-B. als objective Bedingungen der Strafbarkeit der unterlassenen Anzeige alternativ aufführt, dass das geplante Verbrechen oder ein strafbarer Versuch begangen sein müsse, so erübrigt sich eine entsprechende alternative Feststellung im Urteil, da nach dem oben in § 9 Ausgeführten bei Zweifeln darüber, ob Versuch oder Vollendung vorliege, der Versuch als das Minus als feststehend anzusehen ist[1]).

§ 16.

Alternativität von Gründen, welche die Strafe ausschliessen.

Soweit nach den vorangegangenen Ausführungen Alternativität in der Feststellung des Verbrechens zulässig ist, mindestens ebenso weit muss sie offenbar zulässig sein in der Angabe der Gründe, „welche die Strafe ausschliessen".[2]) So muss also zulässig sein eine Alternativität der Subsumenda[3]); ferner muss zulässig sein, alternativ festzustellen, dass der Täter sich in „Gefahr für Leib oder Leben" befunden (§§ 52, 54 St.-G.-B.)[4]), dass er in einem Zustande der „Bewusstlosigkeit oder krankhaften Störung der Geistestätigkeit" gehandelt hat (§ 51), dass er den Notwehrexcess aus „Bestürzung, Furcht oder Schrecken" begangen (§ 53)[5]), dass die Gefahr ihm oder einem seiner Angehörigen gedroht etc; als

[1]) Ueber die alternative Feststellung der verschiedenen Verbrechen, die in § 139 objective Bedingungen der Strafbarkeit bilden, s. Anhang.

[2]) Ich begreife unter diesem Ausdruck aus dem Titel des 4. Abschnitts des St.-G.-B. alle die Gründe, welche das Vorliegen der Handlung oder Schuld ausschliessen, Unrechts- und Strafausschliessungsgründe und Strafaufhebungsgründe, da ein gemeinsamer, sie umfassender Ausdruck nicht vorhanden ist.

[3]) Oben § 7.

[4]) Kries 591.

[5]) Kries 591, Keller § 292 St.-P.-O. n. 2 c, Kroschel 48.

welche Worte alle teils einen Collectivbegriff bilden, teils „nah verwandte, ineinander übergehende Begriffe“ darstellen.

Die Mehrzahl der Autoren will jedoch weitergehend alle eine Bestrafung hindernden Gründe alternativ festzustellen erlauben[1]). Motiv ist auch hier wieder meist die Sorge, die Geschworenen möchten falsch abstimmen. Alle jene Autoren vertreten in grösserem oder geringerem Masse die Totalabstimmung bez. der die Strafe ausschliessenden Gründe. Man folgert weiter: wird nun den Geschworenen — soweit überhaupt zulässig — eine Nebenfrage nach einem die Strafe ausschliessenden Grunde, und eine weitere nach einem zweiten vorgelegt, so findet vielleicht keiner der beiden eine Majorität, während sie, beide alternativ in einer Frage vereinigt, eine solche fänden. Das letztere Vorgehen entspricht also mehr dem Principe der Totalabstimmung, während ihm das erstere widerspricht. Der Totalabstimmung wegen ist darum nur eine, alternative, Frage nach beiden Gründen zu stellen. Je nachdem jene Autoren also der Totalabstimmung ein grösseres oder geringeres Feld zuweisen, wird auch das Gebiet solcher zulässigen alternativen Feststellungen grösser oder kleiner. Wird z. B. die Frage nach Strafausschliessungsgründen von der nach Straftilgungsgründen (z. B. tätige Reue) bei der Abstimmung getrennt, so ist eine Alternativität zwischen Straftilgungs- und Strafausschliessungsgründen für diese Autoren nicht erlaubt.

M. E. ist diese Beweisführung nicht zwingend.

1) Die sechs Geschworenen, welche den ersten die Strafe ausschliessenden Grund annehmen und ebenso die sechs, welche den zweiten bejahen, müssen nach der m. E. richtigen und auch allgemein herrschenden Meinung alle zwölf die Hauptfrage, das „Schuldig“, verneinen. Durch Stellung einer besonderen Nebenfrage scheidet das darin enthaltene Moment nicht aus der Beurteilung der Hauptfrage aus. Es ist also, um Totalabstimmung zu erzielen, eine alternative Nebenfrage gar nicht nötig. Die gewünschte Totalabstimmung kann sich, trotz zweier einzelner Nebenfragen nach je einem Strafe ausschliessenden Grunde, doch entwickeln bei der Hauptfrage.

---

[1]) So Glaser Erörterungen 134/5, Zachariae II 489, Bar Recht 210, 195 f, Tippelskirch G. A. XV 449 f, Geyer 749.

2) Selbst die Notwendigkeit, man müsse zur Durchführung der Totalabstimmung eine alternative Nebenfrage vorlegen, angenommen, so folgt daraus doch nur des formellen Charakters des schwurgerichtlichen Verfahrens halber auch eine formelle alternative Feststellung, daher nur soweit, als überhaupt Nebenfragen gestellt werden können, nicht also z. B. für Schuldausschliessungsgründe, und nur im schwurgerichtlichen Verfahren. Im Richtercollegium wäre es sehr wohl denkbar, dass eine auf die gleiche Weise durch Totalabstimmung erzielte Freisprechung nach aussen anders begründet werden müsste. Denn sie enthält an sich gar keine alternative Feststellung; der formelle Grund hierfür im schwurgerichtlichen Verfahren, die formelle Frage, die, bejaht, Feststellung ist, fällt weg. Der Freispruch beruht in Wahrheit gar nicht auf einem materiellen Grunde, wie es die alternative Feststellung von die Strafe ausschliessenden Gründen immerhin wäre, sondern auf einem rein processualen, abstimmungstechnischen. So sagt auch *Schwarze*[1]): „Wenn ein Teil der Richter die Freisprechung auf den Mangel an genügendem Beweis, ein anderer Teil auf die Straflosigkeit der Handlung oder den Eintritt eines Strafausschliessungsgrundes stützt, so wird allerdings eine die Majoritätsansicht wiedergebende Motivierung des Urteils nicht zu erzielen, jedoch in den Entscheidungsgründen den sämtlichen Bedenken gegen die Verurteilung der geeignete Ausdruck zu geben sein". *Binding*[2]) verlangt für einen so entstandenen Freispruch eine besondere Begründung, „Gründe des Gerichts", die nicht solche der Richter sind und zu sein brauchen. *v. Kries*[3]) will im Urteil den Abstimmungshergang erzählt wissen. Ein solches Abstimmungsreferat, darüber dass der eine Richter diesen, der andere jenen Grund angenommen habe, ist jedenfalls keine alternative Feststellung!

Gleichwohl, mag auch die Beweisführung für die allgemeine Zulässigkeit alternativer Feststellung von Gründen, welche die Strafe ausschliessen, unrichtig sein, so halte ich dennoch die These für richtig.

---

[1]) St.-P.-O. § 266 n. 15.
[2]) Grdr. des St.-P.-R. § 89, p. 167.
[3]) 454/5.

I. Zunächst beim Einzelrichter ist zu bemerken: wenn er überzeugt ist, dass entweder der Unrechtsausschliessungsgrund a oder der Strafausschliessungsgrund b vorliegt, so kann man diese gleiche materielle Ueberzeugung auch negativ dahin formuliren:

1) er ist von dem Nicht-Vorliegen von a nicht überzeugt; und

2) er ist von dem Nichtvorliegen von b nicht überzeugt.

Grund zum Freisprechen ist aber nicht erst die positive Ueberzeugung, dass a, bezw. dass b vorliege, sondern schon der Mangel der negativen, dass a, bezw. dass b nicht vorliege. Beim Einzelrichter bedeutet also die alternative Feststellung von Gründen, welche die Strafe ausschliessen, eine cumulative Begründung dahin, er habe zwei zur Verurteilung notwendige negative Gewissheiten nicht erlangen können. Die Sache so umgedeutet, kann man von einer alternativen Feststellung überall nicht mehr reden.

II. Das gleiche gilt natürlich vom Collegialgerichte, soweit bei jedem Mitgliede der Majorität die Ueberzeugung die gleiche ist, wie bei jenem Einzelrichter.

III. Der allgemein durchschlagende theoretische Grund scheint mir aber folgender:

Die Feststellung von Gründen, welche die Strafe ausschliessen, ist gar keine Feststellung im gleichen Sinne, wie man von einer Feststellung des Dolus, der Wegnahme, des Vermögensschadens, kurz von Tatbestandsmerkmalen, redet. — Das verurteilende Erkenntnis enthält zwei decisive Bestandteile:

1) die Strafverhängung,

2) die Feststellung des Verbrechens.

Insofern die Feststellung des Verbrechens Bestandteil der Entscheidung, ist auch jede Feststellung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals implicite Bestandteil der Entscheidung, wenn sie auch im Tenor nur durch den technischen Namen des Verbrechens — gleichsam abbreviirt — repräsentirt wird, und im Uebrigen nur in den Entscheidungsgründen steht. Das freisprechende Urteil dagegen hat nur einen Bestandteil der Decisive, welcher dem unter 1) genannten des verurteilenden Erkenntnisses zu parallellisiren ist, nämlich die Freisprechung. Der Grund der Freisprechung ist nur ein Teil der Begründung des Urteils, während bei dem auf

Strafe lautenden Urteile zwar logisch die Angabe des verübten Verbrechens nur Begründung der Strafverhängung ist, positivrechtlich aber zur Feststellung des Verbrechens, zu einem Teile der — teilweise deklaratorischen — Entscheidung geworden ist.[1]) Es gibt also keine „Feststellung" von Gründen, welche die Strafe ausschliessen. Es greift vielmehr Alternativität Platz[2]), da sie hier wie überall in der Begründung[3]) zulässig ist.

IV. Wenn man ferner — ich betrachte dies natürlich nicht als einen weiteren Grund für die Zulässigkeit alternativer „Feststellung" von Gründen, welche die Strafe ausschliessen, sondern nur als einen Fingerzeig für ihre praktische Anwendbarkeit — nicht der oben erwähnten Meinung *v. Kries'ens* ist, man solle einen Freispruch, der entstanden ist, indem der eine Richter diesen, der andre jenen Strafe ausschliessenden Grund annahm und diese verschieden begründeten freisprechenden Voten nach dem Principe der Totalabstimmung zusammengezählt wurden, dadurch begründen, dass man einfach erzählt, wie er entstanden ist, wenn man vielmehr jener Ansicht *Bindings* folgt, also eine von den verschiedenen Gründen der einzelnen Richter verschiedene Begründung des Gerichts verlangt, so kommt eine alternative Angabe, deren Glieder aus den Annahmen der einzelnen Richter bestehen, der Wahrheit immerhin am nächsten. Hat ein Teil der Richter Notwehr, ein andrer Notwehrexcess, der dritte Notstand angenommen, und darf das Collegium sein Urteil nicht damit begründen, dass es diesen Hergang einfach berichtet, so ist es am angemessensten, den Freispruch zu rechtfertigen durch die Angabe, es habe entweder Notwehr oder Notwehrexcess oder Notstand vorgelegen; also das processual begründende Abstimmungsreferat in eine analoge, materiell begründende alternative Rechtfertigung zu verwandeln. Beim Collegialgericht gibt also, falls man *v. Kries'ens* Vorschlag verwirft, die alternative Begründung die einzige Möglichkeit, einer Freisprechung, die nach dem Grundsatze der Totalabstimmung durch Zusammenfassen verschieden

---

[1]) S. oben § 3.

[2]) So Beling 291.

[3]) S. § 3 oben.

begründeter freisprechender Vota erzielt worden ist, in der Urteilsbegründung einen adäquaten Ausdruck zu verleihen.

In den Kampf der verschiedenen Abstimmungstheorien greift — wie ich ausdrücklich hervorhebe — weder meine These, noch die unter III gegebene Begründung ein; wie weit nach Gründen, wie weit totaliter abzustimmen sei, darüber ist mit meinen obigen Ausführungen nichts gesagt.